

# Die Anwendbarkeit der EMRK in Zeiten komplexer Hoheitsgewalt und das Prinzip der Grundrechtstoleranz

Dr. iur. ANNE PETERS, LL.M. (Harvard)\*

Professorin für Völker- und Staatsrecht an der Universität Basel

## Einleitung

Zunehmende internationale Verflechtungen führen dazu, dass Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) immer häufiger staatliche Organe und Amtsträger im Ausland einsetzen oder Hoheitsgewalt auf internationale Organisationen übertragen, beziehungsweise mit diesen administrativ oder militärisch kooperieren. Beides kann zusammenkommen. In einer solchen Situation komplexer Hoheitsgewalt ist die Anrufung der EMRK durch Verletzte attraktiv, weil mit dem Straßburger Menschenrechtsgerichtshof eine zwingende Gerichtsbarkeit existiert. Dies bedeutet, dass – anders als im Bereich der universellen Menschenrechtsinstrumente – ein gut funktionierendes Gericht zur Verfügung steht, das verbindliche Urteile fällt und auch Entschädigungen zusprechen kann.

Die Frage dieser komplexen Situationen ist wo, auf wen und unter welchen Voraussetzungen die Bindungen der EMRK angewendet werden müssen. Hierbei geht es erstens um die Anwendbarkeit der Konvention allgemein, zweitens um die Zurechenbarkeit von potentiell menschenrechtsbeeinträchtigenden Akten zu einem Vertragsstaat, und drittens um die Zuständigkeit des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs.

Ausgangspunkt der Überlegungen zur Anwendbarkeit, Zurechnung und Gerichtsbarkeit ist die Einsicht, dass die EMRK ein regionales Menschenrechtsinstrument ist. Deshalb darf die Anwendung der EMRK außerhalb des *espace juridique* der Konvention und in Situationen, an denen internationale (insbesondere universelle) Organisationen beteiligt sind, nur die Ausnahme sein. Prinzipiell gegen die Gewährung von Menschenrechtsschutz durch den EGMR für Konstellationen außerhalb dieses *espace ju-*

---

\* Die Verfasserin dankt Andreas von Arnault und Nina Blum für konstruktive Kritik an einer Vorversion dieses Beitrags und Andreas Zimmermann für die Einladung zu einem Vortrag zum Thema.

ridique und/oder mit Involvierung internationaler Organisationen spricht ferner die Notwendigkeit der völkerrechtlichen Koordination multipler Regime in einer polizentrischen und polyarchischen Welt.<sup>1</sup> Diese Koordination setzt den Respekt der Souveränität fremder Staaten voraus, aber auch Respekt der Autonomie anderer politischer Handlungseinheiten, die über eine eigene Rechtsordnung verfügen und Rechtsakte mit Außenwirkung setzen können, wie beispielsweise die Vereinten Nationen. Dennoch kann und sollte in gewissen Situationen komplexer Hoheitsgewalt die Anwendbarkeit der Konvention, die Zurechnung von Menschenrechtsverletzungen zu einem Konventionsstaat und die daraus folgende Zuständigkeit des Gerichtshofs speziell begründet werden. Denn es würde dem Gedanken eines effektiven Menschenrechtsschutzes zuwiderlaufen, wenn sich ein Vertragsstaat dadurch, dass sein Militär oder seine Polizei im Ausland operieren oder polizeiliche und militärische Aufgaben auf die NATO oder Vereinten Nationen übertragen wurden, von seinen menschenrechtlichen Bindungen ohne weiteres lossagen könnte.

Dieser Beitrag beleuchtet, in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung, das geschilderte Spannungsverhältnis. Teil I analysiert den textuellen Ausgangspunkt dogmatischer Lösungsversuche, nämlich den mehrdeutigen Begriff der Jurisdiktion in Artikel 1 EMRK. Es zeigt sich, dass die allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätze zur extraterritorialen Jurisdiktion von Staaten nichts für die Interpretation dieses Konventionsbegriffs hergeben. Teil II systematisiert die einschlägige Judikatur des Straßburger Gerichtshofs im Vergleich mit Entscheidungen anderer Instanzen. Die territorialen Fallgruppen (Abschnitt 1) sind innerstaatliches Handeln mit Konsequenzen außerhalb des EMRK-Gebiets, extraterritoriales Handeln mit, beziehungsweise ohne effektive Globalkontrolle über Gebiet, extraterritoriales Handeln mit Autorität über Personen oder Sachen, und Fälle der prekären Hoheitsgewalt im eigenen Staatsgebiet. Die Jurisdiktion im Sinne von Artikel 1 EMRK bei Involvierung internationaler Organisationen (Abschnitt 2) ist von mehreren, zum Teil schwer vereinbaren Grundsätzen, geprägt: Einerseits dürfen sich die Vertragsstaaten nicht in internationale Organisationen flüchten. Andererseits hält sich der EGMR mit der Überprüfung von Akten der EU zurück. Schließlich hat der Gerichtshof für die Zurechnung von Handeln von Staatsorganen in Zusammenwirken mit internationalen Organisationen auf die Letztkontrolle abgestellt, womit eine Zurechnung zur Organisation und damit die Nichtverantwortung der beteiligten Konventionsstaaten relativ leicht begründet wird. Demgegenüber wird hier vorgeschlagen, einheitlich auf die effektive Kontrolle abzustellen

<sup>1</sup> Die Integration in die internationale Ordnung ist in einigen Verfassungen als innerstaatliches Prinzip normiert, beispielsweise in Art. 23 und 24 Grundgesetz oder Art. 2 Abs. 4 der schweizerischen Bundesverfassung.

und des Weiteren innerhalb des *espace juridique* der Konvention die Anwendbarkeit der EMRK sowie die Zurechnung zu dem Konventionsstaat, dessen Organ handelt (auch im Ausland) zu vermuten.

Teil III stellt einen alternativen Ansatz für die Beurteilung der Anwendbarkeit der EMRK und der Zurechnung zu einem Konventionsstaat vor. Im Ergebnis plädiert der Beitrag für eine Lösung auf der materiellrechtlichen Ebene anhand einer widerleglichen Äquivalenzvermutung (Prinzip der Grundrechtstoleranz). Es sollte außerdem die Möglichkeit der Differenzierung und Modifikation der Grundrechtsbindung zur Vermeidung eines „undue burden“ für die Vertragsstaaten eingeräumt werden, und zwar vor allem nach Maßgabe der tatsächlichen Aufteilung der effektiven Kontrolle.

## I. Ausgangspunkt Artikel 1 EMRK

### 1. Die Bedeutung von *jurisdiction* (Hoheitsgewalt)

Nach Artikel 1 EMRK sichern die Hohen Vertragsparteien „allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.“ Der Ausdruck Hoheitsgewalt in der deutschen Übersetzung scheint zu eng. Im authentischen englischen Vertragstext heisst es „*jurisdiction*“. Der Rechtsbegriff *jurisdiction* (Jurisdiktion) hat verschiedene Bedeutungsschattierungen, die sich überlappen.<sup>2</sup> Jurisdiktion bezeichnet erstens die rechtliche Befugnis (Autorität) oder Zuständigkeit (Kompetenz) eines Staates zur Vornahme staatlicher Akte (in Abgrenzung zur Zuständigkeit anderer Staaten).<sup>3</sup> Insbesondere im Englischen hat der Begriff *jurisdiction* eine deutliche territoriale Konnotation: „*outside the jurisdiction*“ heisst außerhalb des Gebiets, auf das sich die staatlichen Befugnisse erstrecken.<sup>4</sup> Das französische „*jurisdiction*“ ist nicht so territorial konnotiert, und in der französischen Version von Artikel 1 EMRK zeigt insbesondere die Formulierung „*relevant de leur juridiction*“, dass Territorium und Jurisdiktion nicht zusammenfallen müssen.<sup>5</sup>

Jurisdiktion bedeutet auch, wie in der deutschen Vertragsübersetzung zum Ausdruck kommt, Hoheitsgewalt, und zwar in einer doppelten Ab-

<sup>2</sup> Hierzu grundlegend *Marko Milanovic*, *From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*, *Human Rights Law Review* 8 (2008), S. 411–448.

<sup>3</sup> Um zu ermitteln, ob Jurisdiktion im Sinne der Befugnisse (Zuständigkeit) des Staates vorliegt, muss die Berechtigung des Staates zur Vornahme von Hoheitsakten anhand der Regeln des allgemeinen Völkerrechts geprüft werden. Diese ist praktisch nur dann fraglich, wenn die Akte außerhalb des eigenen Staatsgebiets vorgenommen werden. Vgl. explizit zu „*jurisdiction*“ als Synonym zu „*competence*“ EGMR, *Assanidze v. Georgien*, Beschw. Nr. 71503/01 (2004), Rn. 137.

<sup>4</sup> *Elizabeth A. Martin* (Hrsg.), *A Dictionary of Law*, 5<sup>th</sup> ed., 2002, S. 272 f.

<sup>5</sup> EKMR, *Zypern v. Türkei*, DR 2 (1975), S. 82–127 (S. 118, Rn. 8).

grenzungsfunktion: Einerseits im Gegensatz zu nicht hoheitlichem (fiskalischem) Handeln des Staates und andererseits im Gegensatz zum Handeln nichtstaatlicher Akteure.<sup>6</sup> Jurisdiktion bedeutet schließlich auch gerichtliche Zuständigkeit und Justizverwaltung.

Die vielfache Bedeutung des Begriffs jurisdiction in Artikel 1 EMRK hat es dem EGMR erlaubt, die Vorschrift gleichermaßen zur Beantwortung von drei verschiedenen, oft zusammenhängenden Rechtsfragen, heranzuziehen: Erstens für die Frage der Anwendbarkeit der EMRK, zweitens für die Frage der Zurechnung von Menschenrechtsverletzungen zu einem Mitgliedstaat und drittens für die Frage seiner eigenen gerichtlichen Zuständigkeit.

Die Klärung des räumlichen und personellen Anwendungsbereiches der EMRK ist eine Vorfrage für die Beurteilung einer EMRK-Verletzung. Denn nur wenn die EMRK anwendbar ist, kann sie verletzt werden. Die Zurechnung ist eine Unterfrage im Kontext der internationalen Verantwortung eines Konventionsstaates. Schließlich sind die materielle Anwendbarkeit der EMRK und die Zuständigkeit des EGMR zwei verschiedene Aspekte. Allerdings sind diese im EMRK-System kongruent, weil die obligatorische Zuständigkeit des EGMR die Besonderheit des Systems ist. Die Brücke zur Frage der gerichtlichen Zuständigkeit liefert Artikel 35 Abs. 3 EMRK. Wenn ein Beschwerdeführer nicht der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates untersteht, gilt seine Beschwerde an den EGMR als „unvereinbar mit der Konvention“ im Sinne dieser Vorschrift.

## 2. Rekurs auf allgemeinvölkerrechtliche Jurisdiktionsgrundsätze?

Der EGMR hielt mehrfach fest, dass der Begriff der Hoheitsgewalt (Jurisdiktion) im Sinne von Artikel 1 EMRK das diesbezügliche allgemeine völkerrechtliche Konzept widerspiegeln.<sup>7</sup> Jedoch scheint die Frage der Anwendung der EMRK außerhalb des Gebietes des beklagten Staates oder sogar außerhalb des Konventionsgebiets kaum unter Rekurs auf die allgemeinvölkerrechtlichen Grundsätze der extraterritorialen Jurisdiktion beantwortbar. Jene unterscheiden zwischen den drei klassischen Gewalten (jurisdiction to prescribe, to adjudicate, and to enforce). Von den drei Typen der Hoheitsrechtsausübung ist nur die erste, und auch diese nur eingeschränkt, extraterritorial zulässig. Das Völkerrecht erlaubt es jedem Staat Normen zu setzen, die auch auf Auslandssachverhalte anwendbar sind, sofern ein Anknüpfungspunkt zum eigenen Staat vorliegt.<sup>8</sup> Eine ganz andere

<sup>6</sup> Um festzustellen, ob Jurisdiktion in diesem Sinne besteht, muss ermittelt werden, ob eine Aktivität in rechtlicher Hinsicht als hoheitlich und nicht als privat zu qualifizieren ist, und ob sie überhaupt dem Staat und nicht einem anderen Akteur zuzuordnen ist.

<sup>7</sup> Zuletzt EGMR, *Assanidze v. Georgien* (Fn. 3), Rn. 137.

<sup>8</sup> Klassischer Anknüpfungspunkt ist die Staatsangehörigkeit. Deshalb dürfen Staaten

Frage ist die Ahndung der Verletzung solcher extraterritorial anwendbaren Gesetze, insbesondere die Sanktionierung von Auslandsstraftaten. Vollzugsbehörden und Gerichte dürfen prinzipiell nur innerstaatlich tätig werden, außer wenn ihnen ein anderer Staat das Handeln in seinem eigenen Staatsgebiet explizit oder implizit erlaubt, oder wenn eine sonstige völkerrechtliche spezielle Rechtsgrundlage besteht.<sup>9</sup> Schließlich gelten völkergewohnheitsrechtliche Ausnahmen vom Verbot von Vollzugs- und Vollstreckungshandlungen im Ausland für Handeln in Botschaftsgebäuden, Konsulaten oder Militärgefängnissen auf fremdem Staatsgebiet.

Wie verhält sich nun die extraterritoriale Grundrechtsbindung hierzu? Die Grundrechte legen den staatlichen Organen in erster Linie Bindungen, nur eingeschränkt auch Handlungspflichten auf. Diese Begrenzungen des staatlichen Handelns betreffen Rechtsetzung und Vollzugshandeln und auch gerichtliche Verfahren, also alle drei Gewalten. Extraterritoriale Grundrechtsprobleme treten vor allem bei Vollzugsmaßnahmen auf, beispielsweise bei Festnahmen, Internierungen, polizeilichen und militärischen Sicherungsmaßnahmen oder deren Unterlassung. Diese extraterritoriale Vollzugstätigkeit ist nach den allgemeinen Grundsätzen, wie eben dargelegt, grundsätzlich nicht zulässig.

Die bloße Bejahung der Anwendbarkeit der Grundrechte ist für sich genommen keine Vollzugstätigkeit, sondern liegt auf der Ebene der Normenanwendung. Es wäre aber wiederum missverständlich, dies als normalen Fall der *jurisdiction to prescribe* einzuordnen. Denn der Clou an der Grundrechtsgeltung ist, dass hier nicht den Bürgern etwas vorgeschrieben wird (wie im klassischen Fall der extraterritorialen Anwendung der Wettbewerbs- oder Strafgesetze), sondern den staatlichen Behörden. In der Grundrechtskonstellation sind die Verpflichteten immer die Behörden. Der für die Bejahung der Jurisdiktion des Staates vom Völkerrecht geforderte Link zum Staat ist im Prinzip immer das jeweils handelnde Staatsorgan, das potentiell grundrechtseinschränkende Maßnahmen trifft.

Man könnte sogar argumentieren, dass die Ratio des Verbots extraterritorialer Hoheitsrechtsausübung den Normalfall der Grundrechtsanwendung im Ausland gar nicht erfasst. Insoweit als die Grundrechtsbindung das handelnde Staatsorgan einschränkt und diesem primär vorgibt, was es nicht machen darf, wird gar kein Konflikt mit dem Territorialstaat erzeugt und findet somit auch kein Eingriff in dessen Souveränität statt.

---

ihr Strafrecht auf Straftaten, die im Ausland begangen wurden, anwenden, wenn Täter oder Opfer eigene Staatsangehörige sind. Weitere, zum Teil umstrittene Anknüpfungspunkte für die Erstreckung des Anwendungsbereichs von Gesetzen auf Auslands Sachverhalte sind Wirkungen im Inland (Wirkungsprinzip) und der Schutz internationaler Rechtsgüter (Universalitätsprinzip).

<sup>9</sup> Wie etwa ein völkerrechtlicher Vertrag, eine Autorisierung des Sicherheitsrates, oder eine militärische Besatzung.

Hinzu kommt eine weitere Erwägung zur Abkoppelung der allgemein völkerrechtlichen Jurisdiktionsgrundsätze von der Grundrechtsbindung. Das Prinzip der Effektivität des Grundrechtsschutzes verbietet es, die Gewährung von Grundrechtsschutz von der Legalität des staatlichen Handelns abhängig zu machen. Es wäre widersinnig, wenn sich ein Staat dadurch, dass er in völkerrechtswidriger Weise extraterritorial handelt, Grundrechtsbindungen entziehen könnte. Gerade bei illegalem Staatshandeln sind Grundrechtsbindungen besonders relevant. Besonders im Fall einer illegalen Besetzung eines Gebietes (wie bei der Besetzung Nordzyperns durch die Türkei) ist dieser Selbstwiderspruch offensichtlich. Wenn ein Staat durch eine völkerrechtswidrige Besetzung eines anderen Staates dessen souveräne Rechte missachtet, verhindert der Rechtsgrundsatz des estoppel, dass der Besatzer sich rechtswirksam auf ebendiese souveränen Rechte berufen kann um seine eigenen grundrechtlichen Pflichten einzuschränken.

Im Ergebnis beantwortet also der Rekurs auf die allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätze der Jurisdiktion und die Suche nach einem Anknüpfungspunkt die Frage nach der Grundrechtsgeltung im Ausland nicht. Vielmehr sollte jedenfalls innerhalb des *espace juridique* der EMRK das Prinzip der „rechtsstaatlichen Hypothek“<sup>10</sup> gelten. Wenn ein Staat seine Jurisdiktion auf das Ausland erstreckt, dann müsste die Menschenrechtsbindung nachfolgen. Dies gilt unabhängig davon, ob die extraterritoriale Maßnahme gegen völkerrechtliche Jurisdiktionsgrundsätze verstößt, weil dies aus Opfersicht irrelevant ist.<sup>11</sup>

## II. Die Beurteilung der Jurisdiktion in der Rechtsprechung des EGMR im transnationalen Vergleich

Der Straßburger Gerichtshof hat sich in seiner Rechtsprechung vielfach mit der Vorschrift von Artikel 1 EMRK befasst und dabei die verschiedenen, sich zum Teil überlappenden Analyseraster nicht immer voneinander geschieden. Diese Rechtsprechung legt letztlich das Territorium als Leitkategorie zugrunde, auch wenn es um die Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen geht.

<sup>10</sup> Vgl. *Andreas von Arnould*, Das (Menschen-)Recht im Auslandseinsatz: Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund- und Menschenrechten, in *Dieter Weingartner* (Hrsg.), *Streitkräfte und Menschenrechte*, 2008, S. 61–82 (S. 68).

<sup>11</sup> Vgl. in diesem Sinne EGMR, *Issa u.a. v. Türkei*, Beschw. Nr. 31821/96, Urteil vom 16. November 2004, Rn. 71.

## 1. Jurisdiktion im Sinne von Artikel 1 EMRK bei extraterritorialen Maßnahmen

### a) Innerstaatliches Handeln mit Konsequenzen außerhalb des EMRK-Gebiets

Die erste Konstellation ist innerstaatliches Handeln mit Konsequenzen außerhalb des EMRK-Gebiets. Im Soering-Fall von 1989 ging es um die Entscheidung des Vereinigten Königreichs zur Auslieferung eines Straftäters an die Vereinigten Staaten, wo diesem die Todesstrafe drohte. Der EMRK-Staat, das Vereinigte Königreich, hätte die von Soering kritisierte unmenschliche Behandlung nicht selbst verübt. Der Staat hätte sie lediglich indirekt durch die Auslieferung begangen, weil er dadurch zugelassen hätte, dass in einem anderen Staat eine derartige Behandlung erfolgt. Voraussetzung für einen Eingriff in dieser Form ist, dass die Handlung des Konventionsstaates die tatsächliche Gefahr schuf, dass eine Behandlung (im Zielstaat) die Schwelle des nach Artikel 3 EMRK Zulässigen übersteigen würde.<sup>12</sup> Im Soering-Fall betonte der EGMR, dass Artikel 1 dem Anwendungsbereich der EMRK eine „vor allem“ territoriale Grenze setze. Aus Artikel 1 gehe außerdem hervor, dass die Konvention nicht die Aktivitäten von Nichtvertragsstaaten regiere, und dass sie auch nicht von Konventionsstaaten verlange, die EMRK-Standards anderen Staaten aufzuzwingen.<sup>13</sup> Diese Erwägungen können jedoch, so ausdrücklich der EGMR, „die Vertragsparteien nicht von der Verantwortlichkeit nach Artikel 3 EMRK für jegliche vorhersehbare Konsequenz der Auslieferung, die sie außerhalb ihrer Hoheitsgewalt erleiden, befreien.“<sup>14</sup> Die britische Entscheidung zur Auslieferung an die USA war nach diesen Standards geeignet, die EMRK zu verletzen und musste deshalb unterbleiben. In der Soering-Konstellation ging es also nicht um extraterritoriales Handeln und auch nicht um die Zurechnung von fremdstaatlichem Handeln, sondern um direktes Handeln eines Konventionsstaates in seinem eigenem Territorium, welches menschenrechtsverletzende Folgen im Ausland haben könnte. Lediglich der Erfolgsort lag hier außerhalb des *espace juridique* der EMRK, und dies wurde vom EGMR für unerheblich erklärt.

<sup>12</sup> EGMR, Soering v. VK, Series A 161 = EuGRZ 16 (1989), Rn. 88 und 91.

<sup>13</sup> *Ibid.*, Rn. 86.

<sup>14</sup> *Ibid.* (Übersetzung der Verf.).

*b) Extraterritoriales Handeln mit effektiver Globalkontrolle über Gebiet*

Übt ein Konventionsstaat effektive Kontrolle (effective control) über ein fremdes Gebiet aus, so untersteht dieses Gebiet der Jurisdiktion dieses EMRK-Vertragsstaates im Sinn von Artikel 1. Somit ist die EMRK anwendbar und der Gerichtshof ist zuständig. Leitfall für diese Konstellation ist *Loizidou v. Türkei* (Zulässigkeitsentscheidung). In diesem Fall ging es vordergründig um die Zuständigkeit des Gerichtshofs trotz einer territorialen Einschränkung, welche die Türkei in ihrer Unterwerfungserklärung gemacht hatte. Der Sache nach ging es aber um die räumliche Anwendbarkeit der EMRK in Nordzypern. Der EGMR bejahte eine effektive Kontrolle Nordzyperns durch die Türkei aufgrund der militärischen Besetzung und der Errichtung der türkischen Republik Nordzypern. Damit war die EMRK auf türkische Maßnahmen in Nordzypern zulasten der Türkei anwendbar.<sup>15</sup> Der EGMR präzisierte im darauffolgenden Sachurteil, dass eine globale Kontrolle („effective overall control“) ausreiche. Eine (türkische) Einzelkontrolle über die Polizei und örtliche Behörden sei nicht erforderlich.<sup>16</sup> Im späteren Urteil *Zypern v. Türkei* hielt der EGMR fest, dass eine effektive Kontrolle direkt durch bewaffnete Streitkräfte, aber auch indirekt durch die untergeordnete örtliche Verwaltung ausgeübt werden könne.<sup>17</sup> Wichtig scheint, dass die Bejahung der Anwendbarkeit der EMRK in Nordzypern in diesen beiden Fällen nicht zu einer Ausweitung des geographischen Anwendungsbereichs der Konvention führte. Denn Zypern ist selbst Konventionsstaat und liegt damit nicht außerhalb des EMRK-Gebiets. Ohne die türkische Besetzung würde dort die EMRK gelten, und zwar in Form der Bindung zypriotischer Behörden. Ausgetauscht wurden hier nur die verantwortlichen Staaten, indem die Türkei anstelle von Zypern belangt wurde. Wenn auch vom EGMR die Begrenzung der Anwendbarkeit der EMRK auf das Konventionsgebiet im Urteil *Issa* implizit aufgegeben wurde,<sup>18</sup> scheint die Unterscheidung noch relevant (siehe unten Abschnitt II.3.c).

<sup>15</sup> EGMR, *Loizidou v. Türkei I* (preliminary objections), Zulässigkeitsentscheid vom 23. März 1995, Beschw. Nr. 15318/89, Series A 310 (1995), Rn. 62–64.

<sup>16</sup> EGMR, *Loizidou v. Türkei II* (merits), Beschw. Nr. 15318/89, Urteil vom 18. Dezember 1996, Reports 1996–VI, S. 2234, Rn. 56.

<sup>17</sup> EGMR, *Zypern v. Türkei*, Große Kammer, Beschw. Nr. 25781/94, Urteil vom 10. Mai 2001, ECHR 2001–IV, Rn. 77. Vgl. auch EGMR, *Isaak v. Türkei*, Beschw. Nr. 44587, Urteil vom 28. September 2006, zum Tod eines Demonstranten auf Nordzypern in der von den UN überwachten Pufferzone. Der EGMR nahm an, dass die Türkei durch die Unterlassung schützender Maßnahmen gegen den Mob und durch mangelhafte Aufklärung des Todesfalls Art. 2 EMRK verletzt habe. Die Hoheitsgewalt der Türkei auch für Vorfälle in der Pufferzone wurde gar nicht in Frage gestellt.

<sup>18</sup> EGMR, *Issa u.a. v. Türkei* (Fn. 11). Die Nichterwähnung des *espace juridique* war hier aber nicht streitentscheidend, weil der EGMR eine Anwendung der EMRK im Ergebnis ablehnte.



Auf der gleichen Linie liegt der vom US-amerikanischen Supreme Court entschiedene Fall *Boumediene v. Bush*.<sup>19</sup> Hier ging es um das Recht ausländischer Häftlinge im US-Militärgefängnis Guantànamo Bay auf Haftprüfung (das Habeas-Corpus-Grundrecht nach Artikel I, §9 cl. 2 der US-Verfassung). Der Supreme Court betonte hier, meines Erachtens zu Recht, dass die Fragen der extraterritorialen Grundrechtsgeltung funktional und nicht formal betrachtet werden müssten. Es komme auf den Grad der Kontrolle an, und nicht auf den formalen Rechtsstatus eines Gebiets oder Gefängnisses im Ausland. Die Fragen der Extraterritorialität müssen, so der Supreme Court, anhand objektiver Faktoren und praktischer Erwägungen entschieden werden, nicht auf der Grundlage von Formalismus.<sup>20</sup>

Im Ergebnis bejahte das Höchstgericht die vollumfängliche Anwendbarkeit der Habeas-Corpus-Verfassungsgarantie auf Guantànamo-Häftlinge.<sup>21</sup> Nach einem Pachtvertrag zwischen Kuba und den USA aus dem Jahr 1903 hatte Kuba zwar die letzte Souveränität („ultimate sovereignty“) über Guantànamo Bay behalten, den USA aber die vollständige Jurisdiktion und Kontrolle („complete jurisdiction and control“) eingeräumt. Der Supreme Court akzeptierte grundsätzlich, dass Guantànamo Bay der „de jure Souveränität“ Kubas unterstehe. Er unterschied hiervon aber die „volle Kontrolle oder praktische Souveränität“. <sup>22</sup> Kraft der vertraglich eingeräumten „vollständigen Jurisdiktion und Kontrolle haben die USA die de facto Souveränität über das Territorium inne“, so das Gericht.<sup>23</sup> Durch Abtretung rein formaler Souveränität könne aber die Regierung die amerikanische Verfassung nicht einfach abbedingen und sich dadurch der verfassungsmäßigen Bindungen entledigen. Die politischen Instanzen hätten nicht die Befugnis, „die Verfassung nach Belieben an- und abzuschalten“. <sup>24</sup>

Die Situation in Guantànamo Bay ist insofern speziell, als die Kontrolle der USA über das Gebiet auf einem völkerrechtlichen Vertrag beruht. Dessen Auswirkungen sind jedoch dieselben wie im Falle einer kompletten ausländischen Besatzung, nämlich die vollumfängliche Kontrolle über ein fremdes Territorium, das nur noch formal der Souveränität eines anderen Staates unterliegt.

Der Vergleichsfall bestätigt die Sachgemäßheit des Fokus auf die effektive Kontrolle über formal ausländisches Gebiet für die Anwendbarkeit der Grundrechtsbindungen des kontrollierenden Regimes.

<sup>19</sup> US Supreme Court, *Boumediene v. Bush*, Urteil vom 12. Juni 2008, 533 US 289 (2008).

<sup>20</sup> *Ibid.*, S. 34 der slip opinion.

<sup>21</sup> *Ibid.*, S. 41 der slip opinion.

<sup>22</sup> *Ibid.*, S. 23 f. der slip opinion.

<sup>23</sup> *Ibid.*, S. 25 der slip opinion.

<sup>24</sup> *Ibid.*, S. 35 der slip opinion (Übersetzung der Verf.).

*c) Extraterritoriales Handeln des Konventionsstaates ohne effektive territoriale Kontrolle*

Die Kontrast-Situation ist die des (punktuellen) extraterritorialen Handelns des Konventionsstaates ohne effektive Kontrolle über das fremde Staatsgebiet. Ein zwar atypischer, aber instruktiver Fall hierzu ist derjenige von Drozd und Janousek (1992),<sup>25</sup> weil hier Extraterritorialität und Nichtzurechnung zusammenkamen, und weil der EGMR hier die Hoheitsgewalt *ratione loci* und *ratione personae* getrennt prüfte. Es ging um eine Beschwerde gegen Maßnahmen von Richtern, die von französischen und spanischen Gerichten nach Andorra entsandt waren. Die Prinzipalität Andorra wurde bis zur Verabschiedung der Verfassung von 1993 vom Präsidenten der französischen Republik und vom Bischof von Urgel (Spanien) gemeinsam regiert. Der Kleinstaat war bis 1994 nicht Mitglied des Europarats und konnte daher selbst nicht Vertragspartei der EMRK werden. Der EGMR qualifizierte den Status des Territoriums als *sui generis* und nicht als Co-Dominium von Spanien und Frankreich.<sup>26</sup> Er lehnte aus diesem Grund die örtliche Anwendbarkeit der EMRK im Gebiet von Andorra ab<sup>27</sup> und hielt den Zulässigkeitseinwand der fehlenden Jurisdiktion *ratione loci* für begründet.<sup>28</sup> Dennoch prüfte er zusätzlich, ob die Beschwerdeführer aufgrund der Verurteilung durch ein andorrasches Gericht unter die Hoheitsgewalt Spaniens oder Frankreichs *ratione personae* fielen. Der EGMR betonte, dass Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 EMRK auch außerhalb des eigenen Staatsgebiets ausgeübt werden könne.<sup>29</sup> Er verneinte jedoch die Hoheitsgewalt Spaniens oder Frankreichs im Sinne von Artikel 1, da die Richter nicht in ihrer Eigenschaft als französische oder spanische Richter agiert hatten, sondern als Teil autonomer Gerichte Andorras.<sup>30</sup> Damit blieb es bei der Nichtanwendbarkeit der EMRK auf die Maßnahmen, und zwar letztlich mangels Zurechnung zu einem Konventionsstaat.

Der zentrale Fall zur Extraterritorialitätsproblematik ist *Banković u.a. v. 17 Mitgliedstaaten* (2001).<sup>31</sup> Hier hatten sich mehrere Bürger der damaligen Föderalen Republik Jugoslawiens (FRJ) wegen EMRK-Verletzungen durch die Tötung ihrer Angehörigen im Zuge der Bombardierung Belgrads durch die Luftstreitkräfte einiger Konventionsstaaten beschwert.<sup>32</sup> Die FRJ war kein EMRK-Staat. In einer Unzulässigkeitsentscheidung befand

<sup>25</sup> EGMR, *Drozd und Janousek v. Frankreich und Spanien*, Beschw. Nr. 12747/87, Urteil vom 26. Juni 1992.

<sup>26</sup> *Ibid.*, Rn. 89. Andorra ist seit 1993 ein souveräner Staat.

<sup>27</sup> *Ibid.*, Rn. 84.

<sup>28</sup> *Ibid.*, klar in Rn. 84 und 89.

<sup>29</sup> *Ibid.*, Rn. 91.

<sup>30</sup> *Ibid.*, Rn. 90, 96–97.

<sup>31</sup> EGMR, *Banković u.a. v. 17 Mitgliedstaaten*, Zulässigkeitsentscheidung vom 12. Dezember 2001, Beschw. Nr. 52207/99.

<sup>32</sup> Die Bombardierung erfolgte anlässlich der NATO-Luftschläge „Operation Allied

die Große Kammer, dass kein „jurisdictional“ link zwischen den Opfern und den beklagten Staaten bestünde, und dass somit die Beschwerdeführer und ihre verstorbenen Verwandten nicht der Hoheitsgewalt eines Konventionsstaates im Sinne von Artikel 1 unterstanden.<sup>33</sup> Somit waren die Beschwerden unvereinbar mit der Konvention *ratione personae*.<sup>34</sup> Damit gab der Gerichtshof dem Zulässigkeitseinwand der betroffenen Mitgliedstaaten statt, welche die Zulässigkeit der Beschwerde in erster Linie mit dem Argument bestritten hatten, dass die Beschwerdeführer nicht ihrer Hoheitsgewalt im Sinn von Artikel 1 EMRK unterständen.<sup>35</sup> Nur Frankreich hatte zudem eingewandt, die Bombardierung sei nicht den beklagten Staaten, sondern der NATO zurechenbar.<sup>36</sup>

Die Beschwerdeführer hatten demgegenüber argumentiert, dass die jurisdiction der Konventionsstaaten über die Opfer begründet wurde. Sie wiesen darauf hin, dass die Entscheidung zum Angriff auf dem Gebiet der Konventionsstaaten getroffen wurde, dass die NATO-Kontrolle des Luftraums fast so vollständig war wie die Kontrolle Nordzyperns durch die Türkei, und dass eine Unterscheidung von Luftangriffen und Bodentruppen unrealistisch sei. Diese Argumente wies der Gerichtshof allesamt zurück. Nach Auffassung des EGMR lag die wirkliche Verbindung zwischen dem beklagten Staat und den Beschwerdeführern in der Handlung oder ihren Auswirkungen (also der Bombardierung über dem damaligen Jugoslawien), egal wo die Entscheidung fiel.<sup>37</sup> Diese Erwiderung steht in einem gewissen Widerspruch zur gerichtlichen Linie im *Soering-Fall*, in dem auf die Auslieferungsentscheidung des Vereinigten Königreichs, nicht aber auf deren Konsequenzen in den USA abgestellt worden war.<sup>38</sup>

Der EGMR argumentierte im Einzelnen wie folgt: Nach der gewöhnlichen Bedeutung des Ausdrucks Hoheitsgewalt sei diese primär territorial.<sup>39</sup> Die Ausübung von Hoheitsgewalt außerhalb des eigenen staatlichen Territoriums bedürfe immer einer speziellen völkerrechtlichen Rechtfertigung. Die spätere Praxis der Konventionsstaaten in der Anwendung von Artikel 1 EMRK zeige, dass diese nicht der Auffassung seien, dass Artikel 1 auch ohne weiteres extraterritoriale Hoheitsrechtsausübung erfasse. Denn bei extraterritorialen militärischen Aktionen unter Beteiligung von

---

Forces“ vom 24. März bis 8. Juni 1999. Sie richtete sich u.a. gegen den serbischen Radio- und Fernsehsender und hatte 16 Tote zur Folge.

<sup>33</sup> EGMR, Banković (Fn. 31), Rn. 82.

<sup>34</sup> Die Unvereinbarkeit *ratione personae* wurde von den belangten Regierungen vorgebracht (Rn. 31 und 35), der Gerichtshof selbst verwendete diesen Ausdruck nur in seiner Darstellung des staatlichen Vorbringens.

<sup>35</sup> EGMR, Banković (Fn. 31), Rn. 31.

<sup>36</sup> *Ibid.*, Rn. 32.

<sup>37</sup> *Ibid.*, Rn. 54.

<sup>38</sup> Siehe oben Text mit Fn. 12.

<sup>39</sup> EGMR, Banković (Fn. 31), Rn. 61.

EMRK-Staaten (z.B. am Golf oder in Bosnien-Herzegowina) wurde nicht das Recht auf Abweichung von den EMRK-Garantien im Notstandsfall nach Artikel 15 EMRK in Anspruch genommen.<sup>40</sup> Gegen dieses Argument ist einzuwenden, dass eine Suspendierung nach Artikel 15 (Notstand, der das Leben der Nation bedroht) ohnehin nach den strengen Voraussetzungen der EMRK nicht zulässig gewesen wäre. Die Konventionsstaaten müssen das gewusst haben. Somit ist ihre diesbezügliche Unterlassungspraxis unergiebig.

Ferner bestätigten nach Ansicht des EGMR die travaux préparatoires zu Artikel 1 die enge Auslegung der Norm.<sup>41</sup> In systematischer Hinsicht argumentierte der Gerichtshof, dass dann, wenn Artikel 1 EMRK jeden einem Konventionsstaat zurechenbaren Akt erfassen würde, der eingrenzende Passus „allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ überflüssig wäre. Außerdem würde die Frage der Anwendbarkeit *ratione personae* mit der Frage der Opfereigenschaft, die eine separate Zulässigkeitsvoraussetzung ist, zusammenfallen.<sup>42</sup>

Des Weiteren zog der Gerichtshof einen Rechtsvergleich: Wenn die Verfasser der EMRK eine örtlich weiterreichende Verpflichtung hätten eingehen wollen, hätten sie die EMRK wie den gemeinsamen Artikel 1 der Genfer Konventionen von 1949 formuliert: „Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, das vorliegende Abkommen unter allen Umständen einzuhalten und seine Einhaltung durchzusetzen“.<sup>43</sup> Ferner rekurrierte der Gerichtshof auf Sinn und Zweck: Die *ordre public*-Funktion der EMRK ändere nichts an ihrer prinzipiell regionalen Geltung. Die Konvention operiere im *espace juridique* der Vertragsstaaten. Die Verneinung ihrer Anwendbarkeit auf jugoslawischem Gebiet führe nicht zu einem Vakuum im System des Menschenrechtsschutzes. Denn – anders als Zypern, wo ohne die völkerrechtswidrige Besetzung durch die Türkei die EMRK anwendbar wäre – war Jugoslawien damals kein Konventionsstaat.<sup>44</sup>

Schließlich fasste der EGMR seine bisherige Rechtsprechung zur Bejahung der Existenz von Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 wie folgt zusammen. Die Ausübung extraterritorialer Jurisdiktion durch einen Konventionsstaat gilt nur dann als Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1, mit der Folge der Anwendbarkeit der EMRK, wenn der Konventionsstaat eine effektive Kontrolle über das Gebiet und die Bewohner ausübt (entweder infolge militärischer Besetzung oder aufgrund der Zustimmung des Terri-

<sup>40</sup> *Ibid.*, Rn. 62.

<sup>41</sup> *Ibid.*, Rn. 63, 65 und 19 und 63. Indem der Gerichtshof unter anderem auf die travaux préparatoires abstellte, implizierte er, dass der dynamisch-teleologische Auslegungsansatz, der mit dem Charakter der EMRK als lebendiges Instrument begründet wird, für die Bestimmung ihres Anwendungsbereiches weniger maßgeblich ist (Rn. 64 und 65).

<sup>42</sup> *Ibid.*, Rn. 75.

<sup>43</sup> *Ibid.*, Rn. 75.

<sup>44</sup> *Ibid.*, Rn. 80.

torialstaates) und wenn der Konventionsstaat alle oder einige der öffentlichen Befugnisse ausübt, die normalerweise dem Territorialstaat zufallen.<sup>45</sup>

Obwohl der spätere Fall Issa (hierzu sogleich) die Situation der Einzelkontrolle über Personen als mögliche Begründung von Jurisdiktion hinzufügte, bleibt Banković das maßgebliche Urteil für die Extraterritorialitätsproblematik.<sup>46</sup>

*d) Extraterritoriales Handeln mit Autorität (Einzelkontrolle)  
über Personen oder Sachen*

*a) Rechtsprechung des EGMR*

Diese Fallgruppe ist zunächst in der Rechtsprechung zu Maßnahmen von Botschafts- und konsularischem Personal im Ausland definiert worden. Wenn autorisierte Staatsorgane Hoheitsgewalt (authority) über Personen oder Besitz ausüben, bringen sie damit diese Sachverhalte unter ihre Jurisdiktion im Sinne von Artikel 1. Im Fall *W.M. v. Dänemark* (und in ähnlichen Fällen) ging es um die Verhaftung von DDR-Bürgern, welche in die dänische Botschaft in der DDR geflüchtet waren. Der dänische Botschafter hatte die DDR-Behörden um Hilfe gerufen und ihnen die Betretung der Botschaft erlaubt. Dadurch unterfielen die betroffenen Personen der Jurisdiktion von Dänemark.<sup>47</sup>

Über die Botschaftsfälle hinaus ging erstmals der Fall Issa (2004). Die irakischen Beschwerdeführerinnen erhoben den Vorwurf, dass türkische Militärs ihre Angehörigen im Irak, also einem Nicht-Konventionsstaat ge-

<sup>45</sup> *Ibid.*, Rn. 71: „In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.“

<sup>46</sup> Siehe auch EGMR, *Ben El Mahi and others v. Danmark*, Beschw. Nr. 5853/06 vom 11. Dezember 2006: Eine Beschwerde marrokanischer Beschwerdeführer mit Wohnsitz bzw. Sitz in Marokko gegen Dänemark wegen der Veröffentlichung von Mohamedkarikaturen in einer dänischen Zeitschrift scheiterte an mangelnder Autorität und Kontrolle über eine Auslandssituation. Der Fall stellte keine Ausnahmesituation dar, in der trotz Extraterritorialität ausnahmsweise ein jurisdictional link zwischen den in Marokko ansässigen Beschwerdeführern und Dänemark begründet worden wäre. Die Beschwerde war unvereinbar mit der Konvention und unzulässig nach Art. 35 Abs. 3 und 4 EMRK.

<sup>47</sup> EKMR, *W.M. v. Dänemark*, Beschw. Nr. 17392/90, DR 73 (1992), S. 193–200 (196). Siehe bereits EKMR, *X. v. Bundesrepublik Deutschland*, Yearbook of the ECHR 8 (1965), S. 158–168 (168); EKMR, *X. v. Vereinigtes Königreich*, DR 12 (1977), S. 73–76 (74). Vgl. auch EGMR, *Gentilhomme v. Frankreich*, Beschw. Nr. 48205/99, Urteil vom 14. Mai 2002 zur Verantwortung Frankreichs für eventuelle Verletzungen des Rechts auf Bildung durch den Ausschluss von Schülern französischer öffentlicher Schulen in Algerien auf der Grundlage einer französisch-algerischen Erklärung zur kulturellen Kooperation.

tötet hätten.<sup>48</sup> Der EGMR hielt fest, dass ein Konventionsstaat auch für Handlungen seiner Amtsträger im Ausland zur Verantwortung gezogen werden könne („be held accountable“), sofern diese unter der Autorität und Kontrolle des Konventionsstaates („under the ... State's authority and control“) handelten, und zwar unabhängig davon, ob diese Handlungen rechtmäßig oder rechtswidrig nach dem internen Recht des Staates waren.<sup>49</sup> Die Verantwortung in einer solchen Situation fließe daraus, dass Artikel 1 der Konvention einem Staat nicht erlaube, Vertragsverletzungen in einem anderen Staat zu begehen, die er in seinem eigenen Territorium nicht begehen dürfe.<sup>50</sup>

Wichtig ist hier, dass der Gerichtshof annahm, dass eine Verantwortung des Konventionsstaates auch begründet werden könne, wenn der beklagte Staat keine gesamthafte Kontrolle über eine Region eines fremden Staates in Form einer Besatzung (wie in Nordzypern) ausübe.<sup>51</sup> Der Gerichtshof schloss nicht aus, dass eine sechswöchige Truppenpräsenz eine gesamthafte Kontrolle über eine konkrete irakische Region begründen könne, hielt eine solche jedoch im konkreten Fall nicht für erwiesen an.<sup>52</sup> Im Fall der fehlenden Globalkontrolle kommt es demnach auf die konkrete Autorität und Einzelkontrolle über Personen oder Gegenstände durch den Konventionsstaat an. Im Fall Issa war somit die Frage, ob überhaupt türkische Truppen am Ort des Geschehens operierten. Weil die Beschwerdeführerinnen dies nicht beweisen konnten,<sup>53</sup> überzeugten sie den Gerichtshof nicht davon, dass die Tötungen durch türkisches Militär vorgenommen worden waren und nicht ebenso gut eine Tat kurdischer Rebellen irakischer Staatsangehörigkeit hätten sein können. Deshalb verneinte der EGMR, dass die Opfer der Hoheitsgewalt des belangten Staates im Sinn von Artikel 1 EMRK unterstanden hätten<sup>54</sup> und wies die Beschwerde als unzulässig ab.

In diese Fallgruppe gehören auch Verhaftungen von Personen durch einen Konventionsstaat im Ausland. Im Fall Öcalan<sup>55</sup> war der Kurdenführer auf kenianischem Staatsgebiet festgenommen worden und von kenianischen Amtsträgern in ein türkisches Flugzeug verbracht worden, das in der internationalen Transitzone des Flughafens von Nairobi stand. An Bord wurde er von türkischer Polizei verhaftet. Der EGMR hielt es für unproblematisch, dass auf diese Verhaftung die Konventionsgarantie des Artikel 5 EMRK anwendbar sei. Nachdem Öcalan türkischen Sicher-

<sup>48</sup> EGMR, Issa u.a. v. Türkei (Fn. 11).

<sup>49</sup> *Ibid.*, Rn. 71.

<sup>50</sup> *Ibid.*, Rn. 72.

<sup>51</sup> *Ibid.*, Rn. 71 und 75.

<sup>52</sup> *Ibid.*, Rn. 74 und 76.

<sup>53</sup> *Ibid.*, Rn. 81.

<sup>54</sup> *Ibid.*, Rn. 82.

<sup>55</sup> EGMR, Große Kammer, Öcalan v. Türkei, Beschw. Nr. 46221/99, Urteil vom 12. Mai 2005.

heitskräften übergeben worden war, unterstand er „effektiv türkischer Autorität“ und deshalb unter der Hoheitsgewalt der Türkei im Sinne von Artikel 1 EMRK.<sup>56</sup>

Öcalan ist teilweise dahingehend interpretiert worden, dass hier die all-gemeinvölkerrechtliche Anknüpfung an Personen eine Rolle spielte, entweder weil Öcalan ein türkischer Staatsbürger war, oder weil die vom EGMR geforderte effektive Kontrolle hier über eine Person, nicht über ein Gebiet ausgeübt wurde.<sup>57</sup> Jedoch liefert in der Situation der Haft oder Internierung im Ausland der Verweis auf das Personalstatut meines Erachtens keine zusätzliche Möglichkeit der Begründung der vollumfänglichen Geltung der Grundrechte des Haftstaates. Zwar ist die Staatsangehörigkeit neben dem Staatsgebiet ein anerkannter Anknüpfungspunkt für die Hoheitsrechtsausübung. Vielfach werden die *jurisdiction over territory* und die *jurisdiction over persons* nebeneinander gestellt. Diese Parallelisierung scheint deshalb berechtigt zu sein, weil die Staatsangehörigen ebenso wie das Staatsgebiet ein konstitutives Merkmal der Staaten als Völkerrechtssubjekte sind. Dennoch ist die Jurisdiktion über Personen nur für die *jurisdiction to prescribe*, also für die Erstreckung des Anwendungsbereiches von Rechtsnormen unproblematisch. Das heißt, dass nur dann die Ausübung extraterritorialer Jurisdiktion über eigene Staatsangehörige nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist, nicht jedoch die Vornahme von Exekutivakten gegenüber eigenen Staatsangehörigen im Ausland.

Eine weitere Frage des Öcalan-Urteils ist, ob die Autorität des Konventionsstaates über Öcalan allein oder primär durch den physischen Gewahrsam begründet wurde oder ob auch die Tatsache eine Rolle spielte, dass der Vorgang an Bord eines türkischen Flugzeuges, somit auf einer „türkischen“ Insel stattfand. Denn nach gefestigter Rechtsprechung können Akte von Staatsorganen auf Schiffen oder Flugzeugen unter der eigenen staatlichen Flagge oder Registrierung (ebenso wie Handlungen der diplomatischen oder konsularischen Vertreter eines EMRK Staates im Ausland) die Anwendbarkeit der EMRK begründen, weil in diesen Situationen die extraterritoriale Jurisdiktionsausübung völkergewohnheitsrechtlich zulässig ist.<sup>58</sup> Jedoch dürften aus den oben ausgeführten Grün-

<sup>56</sup> *Ibid.*, Rn. 91.

<sup>57</sup> Klaus Stoltenberg, Auslandseinsätze der Bundeswehr im menschenrechtlichen Niemandsland? Zeitschrift für Rechtspolitik 41 (2008), S. 111–114 (S. 112). Vgl. auch UN-Menschenrechtsausschuss, Lopez Burgos v. Uruguay, Entscheidung vom 29. Juli 1981, Nr. 52/1979 und 56/1979, UN-Doc. Supp. No. 40 (A/36/40), S. 176 ff. (in der Begründung abweichendes Votum von Christian Tomuschat). Hier ging es um die extraterritoriale Entführung, Verhaftung und Misshandlung des uruguayischen Staatsbürgers Lopez Burgos durch uruguayische Sicherheits- und Geheimdienstagenten auf argentinischem Territorium. Tomuschat bejahte die Anwendung des IPBürg auf Staatsangehörige eines Konventionsstaates im Ausland.

<sup>58</sup> EGMR, Banković (Fn. 31), Rn. 73.

den (Abschnitt I.2.), die allgemeinvölkerrechtlichen Grundsätze zur extraterritorialen Hoheitsrechtsausübung für die Frage der Grundrechtsbindung wenig hergeben.

Die spätere Entscheidung *Saddam Hussein v. Albanien* bestätigt die Lesart, dass es bei Öcalan auf den Gewahrsam und nicht auf das türkische Quasi-Territorium ankam. Hier bekräftigte der EGMR, dass Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 durch Inhaftierung auch im Ausland (hier im Irak) begründet werden könne.<sup>59</sup> Da im konkreten Fall aber die Verhaftung durch einen Nichtkonventionsstaat, nämlich durch die USA, vorgenommen worden war, war die Beschwerde unzulässig.

### *β) Vergleichsfälle*

Grundsätzlich ist die in diesen Fällen geforderte Mikro-Kontrolle oder Autorität des Machthabers über die in ihrer Bewegungsfreiheit beschränkte Person im Fall von Verhaftung und Internierung ohnehin komplett und effektiv (unabhängig von einer eventuellen Globalkontrolle über das Gebiet). Das eben erwähnte Vergleichsurteil *Boumediene*,<sup>60</sup> in dem der US Supreme Court jedenfalls das Haftprüfungsgrundrecht der amerikanischen Verfassung für vollumfänglich auf Guantánamo Bay anwendbar hielt, lässt sich auch mit dieser Erwägung begründen.

Ein anderes Supreme Court Urteil zu US-Militärgefangnissen im Irak zeigt allerdings, dass der Betrieb einer Haftanstalt im Ausland nicht in jedem Fall als eine effektive Hoheitsrechtsausübung bewertet werden muss, die zur Bejahung der Anwendbarkeit des Grundrechtsregimes des Gefängnisbetreibers (hier der USA) führen sollte. In *Munaf v. Greene* (2008)<sup>61</sup> ging es um Doppelstaatsbürger mit effektiver US-Staatsangehörigkeit. Die Männer waren im Irak von Angehörigen der multinationalen Truppe wegen des Verdachts auf Straftaten und als Sicherheitsrisiko festgenommen worden. Sie wurden in einer Haftanstalt des US-Militärs, handelnd als Teil der multinationalen Truppe, auf dem Territorium des Irak festgehalten. Die Frage war, ob hier US-amerikanische Gerichte ihre Habeas-Corpus-Zuständigkeit ausüben dürfen (oder müssen), um dem US-Militär gerichtlich zu untersagen, die Häftlinge (die in fremdem Hoheitsgebiet inhaftiert waren) an eine fremde (hier die irakische) Hoheitsgewalt zu übergeben, damit jene ihnen den Strafprozess machen könne. Der Supreme Court verneinte dies.

Hintergrund war, dass nach der maßgeblichen Sicherheitsratsresolution 1790 (2007) der Irak die ausschließliche Strafgewalt über sein Territorium

<sup>59</sup> EGMR, *Saddam Hussein v. Albania and others*, Beschw. Nr. 23276/04, Unzulässigkeitsentscheidung vom 14. März 2006.

<sup>60</sup> Oben Fn. 19.

<sup>61</sup> US Supreme Court, *Munaf v. Greene*, 533 US 167 (2008), Urteil vom 12. Juni 2008.



innehalt. Die Strafurteile werden nach irakischem Recht durch das zentrale irakische Strafgericht verhängt. Die US-Militärinfrastruktur diene lediglich als Ersatz für die zerstörten irakischen Gefängnisse. Verdächtige wurden auf Wunsch des irakischen Staates dort bis zu diesen Strafverfahren verwahrt. Die amerikanischen Militärs, welche die Haft durchführten, unterlagen ausschließlich dem amerikanischen Kommando. Sie hätten die Freilassung ohne Zustimmung irakischer Behörden oder alliierter Staaten anordnen können. Die Habeas-Corpus-Zuständigkeit hätte zur richterlichen Anordnung der Freilassung der Häftlinge führen können. Dies hätte die Prärogative des Iraks, sein Strafrecht auf Personen anzuwenden, die auf seinem Staatsgebiet Verbrechen begangen haben, und damit dessen staatliche Souveränität verletzt.<sup>62</sup> Zweitens würde die Gewährung von habeas corpus eine unerlaubte Einmischung der US-Gerichtsbarkeit in die außenpolitische Entscheidungsfreiheit der US-Exekutive darstellen und deren Kapazität militärische Auslandseinsätze zu führen, beeinträchtigen.<sup>63</sup> Aus diesen beiden Gründen verneinte der Supreme Court die Habeas-Corpus-Zuständigkeit der US-Gerichte für Häftlinge in US-Militärbasen im Irak.

Der entscheidende Unterschied zum Fall Boumediene<sup>64</sup> dürfte sein, dass im Irak eine jedenfalls ansatzweise funktionierende Territorialgewalt existierte, wohingegen auf Guantánamo Bay bei Verneinung des US-amerikanischen Grundrechtsschutzes die Häftlinge mangels effektiver Hoheitsgewalt Kubas in einem grundrechtsfreien Raum verbleiben würden.

Dennoch steht die Entscheidung in *Munaf* in einem Wertungswiderspruch zu einem obiter dictum des House of Lords im Fall *Al-Skeini*.<sup>65</sup> Hier hatten die Lords beiläufig und unter Verweis auf das Öcalan-Urteil des EGMR festgehalten, dass für Misshandlungen und Tötungen in einem britischen Militärgefängnis im Irak die EMRK anwendbar wäre.

#### *e) Prekäre Hoheitsgewalt im eigenen Staatsgebiet*

In der Situation der prekären Hoheitsgewalt im eigenen Staatsgebiet liegt keine Extraterritorialität vor, aber die Rechtsprechung hierzu klärte die Bedeutung von Jurisdiktion.

<sup>62</sup> *Ibid.*, S. 22 und 28 der slip opinion.

<sup>63</sup> *Ibid.*, S. 22 und 25 der slip opinion.

<sup>64</sup> Siehe oben Text mit Fn. 19.

<sup>65</sup> House of Lords, *Al-Skeini v. Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26, Urteil vom 13. Juni 2007, näher dazu unten Text mit Fn. 177.

In *Assanidze v. Georgien*<sup>66</sup> war der Beschwerdeführer trotz Freispruch durch den obersten georgischen Gerichtshof beziehungsweise Begnadigung durch den georgischen Präsidenten von Behörden der adjarischen autonomen Republik in Georgien in Haft gehalten worden. Der EGMR stellte die Regel auf, dass das Vorliegen von Jurisdiktion im Sinne von Artikel 1 EMRK für Handlungen innerhalb des staatlichen Territoriums vermutet werden müsse.<sup>67</sup> Wenn Konventionsstaaten selektiv für Teile ihres Territoriums die Anwendbarkeit der EMRK ausschließen könnten, würden die Vertragsparteien unterschiedlich behandelt und außerdem die Effektivität des Menschenrechtsschutzes unterminiert.<sup>68</sup>

Der Gerichtshof grenzte den Fall von der *Loizidou*-Situation ab, weil hier – anders als auf Nordzypern – kein anderer Staat neben Georgien Kontrolle über das Gebiet ausübte. Er unterschied den Fall auf der anderen Seite von *Banković*, weil Georgien, anders als die beklagten NATO-Staaten „overall control“ über das Territorium ausübe und außerdem – anders als Serbien zum Zeitpunkt des *Banković*-Sachverhalts – selbst Konventionspartei sei.<sup>69</sup> Wenn auch die konkreten Konventionsverletzungen nur den adjarischen Behörden zurechenbar waren, konnte die interne Kompetenzaufteilung in Georgien und die Disfunktionalität von Teilen des Staatsapparates Georgien als Staat nicht aus seiner aus Artikel 1 fließenden allgemeinen Verpflichtung zur Gewährleistung der Befolgung der EMRK entlassen.<sup>70</sup>

In *Ilascu v. Moldawien und Russland* waren drei moldawische Staatsangehörige von Angehörigen eines mobilen Einsatzkommandos festgenommen, im Jahr 1993 vom Obersten Gerichtshof von Transnistrien verurteilt und unter menschenunwürdigen Bedingungen in jahrelanger Haft gehalten worden. Im Rahmen der Abklärung, ob die Beschwerdeführer der Hoheitsgewalt Moldawiens bzw. Russlands im Sinne von Artikel 1 EMRK unterstanden, gelangte der EGMR zum Schluss, dass Moldawien trotz fehlender effektiver Kontrolle im eigenen Staatsgebiet gestützt auf Artikel 1 EMRK die Pflicht habe, diplomatische oder gerichtliche Maßnahmen gegenüber einem fremden Besatzer oder einer internationalen Organisation zu ergreifen.<sup>71</sup>

Die Fallgruppe der intra-territorialen prekären Hoheitsgewalt bildet einen Ansatzpunkt für materielle Grundrechtsmodifikationen, also für eine Änderung der aus den Konventionsrechten folgenden Verhaltenspflichten in Situationen komplexer Hoheitsgewalt, auf die zurückzukommen sein wird.

<sup>66</sup> EGMR, *Assanidze v. Georgien* (Fn. 3).

<sup>67</sup> *Ibid.*, Rn. 139.

<sup>68</sup> *Ibid.*, Rn. 142.

<sup>69</sup> *Ibid.*, Rn. 144.

<sup>70</sup> *Ibid.*, Rn. 146–150.

<sup>71</sup> EGMR, *Ilascu v. Moldawien und Russland*, Beschw. Nr. 48787/99, Urteil vom 8. Juli 2004, Rn. 331 und 333.

## 2. Jurisdiktion im Sinne von Artikel 1 EMRK bei Involvierung internationaler Organisationen

### a) Keine Flucht in internationale Organisationen

In zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1999, in *Matthews*<sup>72</sup> sowie in *Waite und Kennedy*,<sup>73</sup> stellte der EGMR den Grundsatz auf, dass sich ein Konventionsstaat nicht durch die Übertragung von Hoheitsgewalt an eine internationale oder supranationale Organisation der Verantwortung für die Einhaltung der EMRK entziehen könne. Die EMRK-Vertragsstaaten bleiben dafür verantwortlich, dass Maßnahmen der betreffenden Organisation, beispielsweise der EU, keine konventionswidrigen Zustände schaffen.<sup>74</sup>

Hier ist die Parallele zu einem anderen Faktor der Komplexifizierung von Hoheitsgewalt, der Privatisierung und Liberalisierung vormaliger Staatstätigkeit, interessant. Bei der zunehmenden Einschaltung Privater in die Erledigung öffentlicher Aufgaben stellt sich ebenfalls die Frage, inwieweit Konventionsstaaten für Menschenrechtsverletzungen verantwortlich bleiben, die von privaten Akteuren begangen werden.<sup>75</sup> Prinzipiell dürfen Grundrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat nicht dadurch unwirksam gemacht werden, dass sich der Staat seiner menschenrechtlichen Verpflichtung strukturell entzieht.<sup>76</sup> Ähnlich wie in Bezug auf Übertragung von Aufgaben auf internationale Organisationen hält der EGMR fest, dass eine Flucht in das Privatrecht nicht zulässig ist: „[T]he state cannot absolve itself from responsibilities by delegating its obligations to private

<sup>72</sup> EGMR, *Matthews v. Vereinigtes Königreich*, Beschw. Nr. 24833/94, Urteil vom 18. Februar 1999, ECHR 1999-I, S. 251 ff. = EuGRZ 26 (1999), S. 200 ff. = NJW 52 (1999), S. 3107. Denise Matthews war britische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Gibraltar. Sie beantragte ihre Registrierung als Wählerin für die Wahlen zum Europäischen Parlament (EP). Nach Anhang II des Beschlusses und des Aktes zur Einführung allgemeiner und unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des EP vom 20. September 1976 war dieser Wahlakt aber nicht auf Gibraltar anwendbar.

<sup>73</sup> EGMR, *Waite and Kennedy v. Germany*, Beschw. Nr. 26083/94, Urteil vom 18. Februar 1999, Rn. 67.

<sup>74</sup> Im Fall *Matthews* war die Konventionsverletzung die Folge zweier völkerrechtlicher Verträge, nämlich des Direktwahlakts für die Wahlen zum EP von 1976, der wie ein völkerrechtlicher Vertrag von den EU-Mitgliedstaaten zu ratifizieren war „in Verbindung mit der Erweiterung der Kompetenzen des Europäischen Parlaments durch den Vertrag von Maastricht“ (Rn. 33). Da die gemeinschaftsrechtliche Rechtsetzung die Bürger in gleicher Weise betrifft wie die nationale Gesetzgebung, sind die EU-Mitglieder verpflichtet, „die Rechte aus Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK im Hinblick auf die europäische Gesetzgebung zu gewährleisten.“ (Rn. 32–34). Die Verzerrung des Erfolgswertes der Bürgerstimmen bei den Parlamentswahlen verletzte Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls.

<sup>75</sup> Grundlegend hierzu *Alexander Oliver Kees*, *Privatisierung im Völkerrecht*, 2008, S. 132–173.

<sup>76</sup> *Ibid.*, S. 144.

bodies or individuals.“<sup>77</sup> Diese Parallelproblematik kann in diesem Beitrag nicht vertieft werden.<sup>78</sup>

*b) Richterliche Zurückhaltung gegenüber der EU*

Das Verbot der Flucht in internationale Organisationen wurde im Fall *Bosphorus v. Irland*<sup>79</sup> differenziert und relativiert, was zu judicial self-restraint speziell gegenüber dem EuGH führt. Die Bosphorus Fluggesellschaft hatte Flugzeuge der JAT (Airline von Ex-Jugoslawien) geleast und benutzte diese. Ab 1991 beschloss der UN-Sicherheitsrat im Zusammenhang mit dem Bürgerkrieg Sanktionen gegen Jugoslawien. Zur Umsetzung der entsprechenden UN-Sicherheitsratsresolution erließ die EU die Verordnung 990/93. In Befolgung dieser Verordnung beschlagnahmten die irischen Behörden die beiden Flugzeuge auf irischem Boden. Bosphorus rügte die Verletzung von Eigentumsrechten (Artikel 1 des 1. Protokolls zur EMRK). Die Frage war hier, inwieweit der EGMR überhaupt prüfen darf, ob die Europäische Union (handelnd durch die Mitgliedstaaten), sich an die EMRK hält. Im Grundsatz hielt der EGMR fest, dass es mit Ziel und Zweck der EMRK unvereinbar wäre, wenn die Mitgliedstaaten durch Übertragung von Hoheitsrechten an eine internationale oder supranationale Organisation aus der Verantwortung für die Einhaltung der EMRK entlassen würden.<sup>80</sup> Andererseits besteht dann, wenn eine Organisation grundsätzlich einen „äquivalenten“ Grundrechtsschutz bietet, eine widerlegliche Vermutung, dass keine Verletzung der EMRK stattfand.<sup>81</sup>

Dabei bedeutet die Forderung nach einem „äquivalenten“ Standard nicht, dass dieser mit dem EMRK-Standard „identisch“ sein muss; es reicht ein „vergleichbarer“ Standard.<sup>82</sup> Die Vermutung, dass keine EMRK-Verletzung vorliegt, wird widerlegt, wenn im konkreten Fall aufgrund der Umstände des Falles der Schutz der EMRK-Rechte manifest defizitär war. In diesem Fall würde das Interesse an internationaler Zusammenarbeit geringer gewichtet als die Funktion der EMRK als constitutional instrument.

In Bezug auf die EU bejahte der EGMR das Vorliegen eines äquivalenten Grundrechtsstandards, womit die Vermutung der Konventionskonformität greift.<sup>83</sup> Diese wurde in *Bosphorus* auch nicht widerlegt. Im Ergebnis hielt der EGMR im *Bosphorus*-Fall ohne nähere Prüfung fest, dass das Eigentum nicht verletzt war.

<sup>77</sup> Vgl. EGMR, *Costello-Roberts v. UK*, Beschw. Nr. 89/1991/341/414, Ser. A Nr. 247–C, Rn. 27.

<sup>78</sup> Siehe noch unten Text mit Fn. 152.

<sup>79</sup> EGMR, *Bosphorus v. Irland*, Beschw. Nr. 45036/98, Urteil vom 30. Juni 2005.

<sup>80</sup> *Ibid.*, Rn. 154.

<sup>81</sup> *Ibid.*, Rn. 135–167.

<sup>82</sup> *Ibid.*, Rn. 155.

<sup>83</sup> *Ibid.*, Rn. 165.

Nach dem Bosphorus-Ansatz prüft der EGMR somit Entscheidungen des EuGH grundsätzlich nicht im Einzelnen nach. Wichtig scheint mir jedoch, dass sich der EGMR, anders als das deutsche Bundesverfassungsgericht nach dem Solange II-Ansatz, nicht für prinzipiell (oder zumindest aufschiebend bedingt) unzuständig für die Überprüfung von EU-Akten erklärt hat. In Bosphorus wurde die Vermutungsregel im Rahmen des Begründetheitsteils des Urteils aufgestellt. Die Folgerung, dass hier die Vermutung nicht widerlegt wurde, führte zur Feststellung, dass die geltend gemachten Grundrechte (materiell) nicht verletzt waren. Auch in Kadi hatte die EU-Kommission dem EuGH einen Solange II-Ansatz vorge-schlagen, dem der Gerichtshof allerdings nicht folgte.<sup>84</sup>

Dieser Ansatz weist einen Weg zur Bewältigung von Grundrechtskonkurrenzen in einer Welt komplexer Hoheitsrechtsausübung und wird im Abschnitt III.2. aufzugreifen sein.

*c) Zurechnungsfragen bei Handeln von Staatsorganen in internationalen Regimen, insbesondere für die Vereinten Nationen*

Die Zurechnungs-Dimension der Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 EMRK spielt im Verhältnis zu internationalen Organisationen oder internationalen Regimen eine Rolle. Hier kann man die Interessenlage wie folgt charakterisieren: Internationale Organisationen werden gegründet, weil ein Bedürfnis nach einer Handlungseinheit besteht, die (graduell) autonom von den Mitgliedstaaten ist. Dementsprechend sind die Organisationen Völkerrechtssubjekte und damit Zurechnungssubjekt und Träger eigener völkerrechtlicher Pflichten, die sich von denen der Mitgliedstaaten unterscheiden. Korrespondierend dazu sind Organisationen in politischer Hinsicht zu einem gewissen Grad unabhängig von ihren Mitgliedern. Aus dieser Erwägung heraus sollten Pflichten der Mitglieder (wie Menschenrechtsbindungen) nicht ohne weiteres faktisch auf Organisationen überwälzt werden.

Speziell die Handlungsfreiheit des Sicherheitsrates ist umso wichtiger, als dieser die primäre Verantwortung für die Wahrung des Weltfriedens trägt. Die Vorrangvorschriften der Artikel 103 und Artikel 25 UN-Charta dienen letztlich diesen Zielen.<sup>85</sup>

Andererseits würde auch die (zu) leichte Zurechnung menschenrechtsbeeinträchtigender Maßnahmen zu Handen der Konventionsstaaten im Rahmen internationaler Regime dazu führen, dass sich die Staaten in alle

<sup>84</sup> EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Kadi u. Al Barakaat v. Rat und Kommission, vom 3. September 2008, Rn. 319.

<sup>85</sup> Dennoch darf auch dieses Ziel nicht um den Preis massiver Menschenrechtsverletzungen verfolgt werden, denn Sicherheit beinhaltet auch menschliche Sicherheit. Siehe zur eigenen Menschenrechtsbindung des Sicherheitsrats unten Abschnitt III.2.c).

Entscheidungen der jeweiligen Organisation einmischen wollten, um haftungsbegründeten Situationen vorzubeugen. Dies wäre ebenfalls unvereinbar mit der Autonomie der Organisation.<sup>86</sup> Es muss also die richtige Balance gefunden werden.

*α) EGMR, Hess v. VK (1994)*

Der Fall Hess ist ein Präzedenzfall für die neuesten Beschwerden in Situationen komplexer Hoheitsgewalt, weil schon hier die Einbindung in ein internationales Regime mit extraterritorialem Handeln zusammenkam.<sup>87</sup> Hitlers Privatsekretär Rudolf Hess war vom Nürnberger Militärgerichtshof zu lebenslänglicher Haft verurteilt worden und wurde von der sogenannten Alliierten Kommandatura der vier Siegermächte im Spandauer Militärgefängnis inhaftiert, jahrelang als einziger Gefangener. Die Kommission lehnte die Verantwortung des Staates ab, weil die Verwaltung des Gefängnisses allein der gemeinsamen Autorität (joint authority) der vier Mächte oblag. Diese gemeinsame Verantwortung könne nicht in vier getrennte Zuständigkeiten aufgespalten werden. Weil das Abkommen über das alliierte Gefängnis bereits vor Inkrafttreten der EMRK geschlossen und unkündbar war, unterstand das Gefängnis nicht der Hoheitsgewalt des Vereinigten Königreichs und die Beschwerde war somit unzulässig *ratione personae*.

Die Entscheidung Hess wird rückblickend teilweise dahingehend gelesen, dass sie den Betrieb eines Militärgefängnisses als Ausübung effektiver Kontrolle über Personen qualifizierte. Jedoch stützte die Kommission sich nicht auf die spezielle Situation des Gefängnisses, sondern hielt fest, „dass es keinen Grund gäbe, warum Maßnahmen der britischen Behörden in Berlin nicht die Verantwortung des Vereinigten Königreichs nach der Konvention begründen könnten“.<sup>88</sup> Anders als die in *Monuf und Al-Skeini* betroffenen Militärgefängnisse im Irak befand sich das Spandauer Militärgefängnis im *espace juridique* der Konvention.

*β) EGMR, Behrami und Saramati (2007)*

Dem Fall *Behrami und Saramati*<sup>89</sup> lagen Beschwerden von drei im Kosovo lebenden Albanern zugrunde. Die inkriminierten Maßnahmen fanden im seinerzeit unter internationaler Verwaltung stehenden, formal zu Serbien

<sup>86</sup> Bernard Knoll, *Rights without Remedies: The European Court's Failure to Close the Human Rights Gap in Kosovo*, ZaöRV 68 (2008), S. 431–451 (S. 435).

<sup>87</sup> EKMR, *Ilse Hess v. VK*, Beschl. Nr. 6231/73, Entscheidung vom 28. Mai 1975, DR 2 (1975), S. 72–76.

<sup>88</sup> *Ibid.*, S. 73 (Übersetzung und Hervorhebung der Verf.).

<sup>89</sup> EGMR, *Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen*, Beschw. Nr. 71412/01 und 78166/01, Urteil der Großen Kammer vom 2. Mai 2007; dt. Übersetzung in EuGRZ 34 (2007), S. 522–542.

gehörigen Kosovo statt, das zum Zeitpunkt der Vorfälle (in den Jahren 2000 und 2001) die EMRK noch nicht ratifiziert hatte.<sup>90</sup> Nach der Kosovo-Intervention der NATO hatte der UN-Sicherheitsrat mit Resolution 1244 (1999) die rechtliche Struktur der Verwaltung im Kosovo festgelegt. Auf der Grundlage der Resolution wurden die Kosovo-Sicherheitsstruppe (KFOR)<sup>91</sup> geschaffen sowie die zivile Übergangsverwaltung (UNMIK)<sup>92</sup> eingesetzt. Die Frage war, ob die Handlungen bzw. Unterlassungen der KFOR und UNMIK dem EMRK-Staat, der das jeweilige Truppenkontingent stellte, oder den Vereinten Nationen bzw. der NATO zuzurechnen waren.

Der Fall Behrami betraf die UNMIK. Knaben stießen im Spiel auf nicht detonierte Streubomben, die von der NATO-Bombardierung im Jahre 1999 stammten. Eine Bombe detonierte und tötete bzw. verletzte die zwei Söhne Behrami. Der Vater und sein erblindeter Sohn erhoben Beschwerde gegen Frankreich, da die französische KFOR-Truppe das verminte Gelände nicht markiert und/oder entschärft hatte.<sup>93</sup> Die Sachverhaltsfeststellung des EGMR ergab jedoch, dass die Aufgabe der Entminung schon vor dem Unfall auf die UNMACC (UN-Mine Action Coordination Centre) der UNMIK übergegangen war. KFOR (der militärische Zweig) blieb involviert und handelte nur als Dienstleister für UNMIK.<sup>94</sup>

Der Fall Saramati gegen Norwegen und Frankreich betraf die KFOR.<sup>95</sup> Saramati war 2001 von der UNMIK-Polizei verhaftet und später nach kosovarischem Recht strafrechtlich verurteilt worden. Die Haftbefehle waren von französischen und norwegischen Kommandanten der KFOR (COMKFOR) erlassen worden.

Weil die Vorfälle im Territorium eines (damaligen) Nicht-Konventionsstaats stattfanden, stellte sich für die rechtliche Beurteilung auch die Frage

<sup>90</sup> Serbien-Montenegro ratifizierte die EMRK am 3. März 2004.

<sup>91</sup> Die KFOR wurde von den UN-Mitgliedstaaten unter der „Schirmherrschaft der UN“ mit „substanzieller Beteiligung der NATO“, aber unter „einheitlichem Kommando und Kontrolle“ eingesetzt. Resolution 1244 ermächtigte die KFOR zur Ausübung der vollen militärischen Kontrolle über den Kosovo. KFOR war keine UN-Peacekeeping Mission und trotz Mandat aus der Sicherheitsratsresolution 1244 kein Hilfsorgan der Vereinten Nationen (Venedig-Kommission (Fn. 165), Rn. 79).

<sup>92</sup> United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK). Die UNMIK ist ein nach Kapitel VII der UN-Charta geschaffenes Hilfsorgan der UN. Das Mandat der UNMIK umfasste die gesamte legislative und exekutive Gewalt sowie die Befugnis zur Ausübung der Gerichtsbarkeit im Kosovo.

<sup>93</sup> Die KFOR-Kontingente waren in vier multinationale Brigaden unter Führung je eines Landes unterteilt (MNBs). Jede Brigade war in einem Sektor des Landes tätig. Für den Sektor, in dem Behramis Unfall passierte, hatte Frankreich die Führung.

<sup>94</sup> EGMR, Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen (Fn. 89), Rn. 125.

<sup>95</sup> Saramati hatte ursprünglich auch Beschwerde gegen Deutschland erhoben. Diese ließ er fallen, weil er nicht nachweisen konnte, dass das deutsche Militär überhaupt an seiner Verhaftung beteiligt gewesen war. Deutschland nahm dann nur noch als Beobachter (third party observer) am Verfahren teil und gab in dieser Rolle eine Stellungnahme ab.

der territorialen Jurisdiktion. Diese territoriale Frage verwies der EGMR in den Hintergrund, stellte jedoch fest, dass Kosovo unter der „effektiven Kontrolle der internationalen Präsenz“ stehe<sup>96</sup>, und dass die Vereinten Nationen „overall effective control“ über das Gebiet ausübten.<sup>97</sup>

Der EGMR prüfte primär die zusätzliche Frage, die sich im Banković-Fall noch nicht gestellt hatte, nämlich ob eine Jurisdiktion Frankreichs und Norwegens deshalb entfiel, weil die Handlungen allein den Vereinten Nationen oder der NATO zuzurechnen waren. Im Ergebnis verneinte der EGMR die Zurechnung zu den Vertragsstaaten, so dass die (von ihm en passant bejahte) territoriale Jurisdiktion dennoch nicht zur Haftung der beklagten Konventionsstaaten führen konnte.

Für die Zurechnungsfrage verwies der EGMR auf die einschlägigen Vorschriften des ILC-Entwurfs über die Verantwortung internationaler Organisationen. Nach der Grundregel des Artikel 3 wird die Verantwortung einer Organisation durch eine völkerrechtswidrige Handlung, die der Organisation zurechenbar (attributable) ist, ausgelöst.<sup>98</sup> Artikel 5 regelt die Zurechnung von Handlungen von Staatsorganen, die einer internationalen Organisation zur Verfügung gestellt wurden. Diese Vorschrift lautet: „The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct.“<sup>99</sup> Die Vorschrift ist auf die Behrami/Saramati-Situation anwendbar, denn hier wurden den Vereinten Nationen Soldaten und sonstige Amtsträger von den truppenstellenden Staaten für den KFOR- und UNMIK-Einsatz zur Verfügung gestellt. Nach Artikel 5 ILC-Entwurf wären also Handlungen von Angehörigen der truppenstellenden Staaten der Organisation (und nicht

<sup>96</sup> EGMR, *Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen* (Fn. 89), Rn. 70. Mit dieser Passage und dem Hinweis, dass die internationale Präsenz „die öffentlichen Befugnisse ausübte, die normalerweise von der Regierung der FRY ausgeübt würden“ sowie dem Verweis auf Banković knüpfte der Gerichtshof an seine Rechtsprechung zur extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK an. Unmittelbar im Anschluss stellte er jedoch fest, dass es hier weniger auf die Extraterritorialität als auf seine gerichtliche Überprüfungszuständigkeit ankomme (Rn. 71).

<sup>97</sup> *Ibid.*, Rn. 83.

<sup>98</sup> Article 3: General principles: „1. Every internationally wrongful act of an international organization entails the international responsibility of the international organization. 2. There is an internationally wrongful act of an international organization when conduct consisting of an action or omission: (a) Is attributable to the international organization under international law; and (b) Constitutes a breach of an international obligation of that international organization.“ International Law Commission (ILC), Drafting Committee, Responsibility of International Organizations, titles and texts of the draft articles 1, 2 and 3 (UN-Dokument A/CN.4/L.632 vom 4. Juni 2003).

<sup>99</sup> International Law Commission (ILC), Drafting Committee, Responsibility of International Organizations, titles and texts of the draft articles 4, 5, 6 and 7, UN-Dokument A/CN.4/L.648 vom 27. Mai 2004.



dem Staat) zuzurechnen, wenn die Organisation effektive Kontrolle (effective control) über diese Handlung ausübt.

Der EGMR prüfte dementsprechend, ob die belangten Staaten oder ob nicht vielmehr die Vereinten Nationen die Kontrolle über die kritisierten Aktionen hatten und bejahte letzteres. In Konkretisierung des Kontroll-Erfordernisses und letztlich als zentrales Kriterium für die Zurechenbarkeit der Maßnahmen zu den Vereinten Nationen prüfte der Gerichtshof die Letztverantwortung und -kontrolle (ultimate authority and control) des Sicherheitsrates. Dieses neue und problematische Kriterium wird eingehend in Abschnitt II.3.b) diskutiert werden.

Im Rahmen der Subsumtion, also der Prüfung ob der Sicherheitsrat die Letztverantwortung innehatte, analysierte der EGMR letztlich zwei Aspekte. Erstens die Quelle der Befugnisse (Sicherheitsrat oder Mitgliedstaaten) und zweitens den Grad oder die Dichte der Kontrolle. Der EGMR stellte als erstes fest, dass die Quelle der Befugnisse von KFOR und UNMIK die Vereinten Nationen selbst seien. Der Sicherheitsrat habe die Mitgliedstaaten nicht zu Maßnahmen ermächtigt (authorized), welche er selber nicht hätte vornehmen können, und welche diese dann als eigene durchgeführt hätten.<sup>100</sup> Der Sicherheitsrat habe vielmehr in der Resolution 1244 (1999) die militärischen und sicherheitsbezogenen Befugnisse an die KFOR der NATO und die zivilen Verwaltungsbefugnisse an das Subsidiärorgan UNMIK und damit indirekt an die involvierten einsatzwilligen Staaten nur delegiert (delegated), meinte der EGMR. Eine solche Delegation wird von Kapitel VII UN-Charta erlaubt. Sie war, so der Gerichtshof, ausreichend umgrenzt und somit zulässig.<sup>101</sup>

Die zweite Frage war für den EGMR die nach der Dichte der Kontrolle des Sicherheitsrats. Hier ließ der EGMR den (nur) strategischen Oberbefehl (command) des Sicherheitsrates ausreichen. Den fehlenden operationellen Oberbefehl des Sicherheitsrates hielt er für unschädlich. Nach Ansicht des EGMR lag in Bezug auf die KFOR folgende Befehlskette (chain of command) vor. Der Sicherheitsrat hatte an die NATO die Befugnis delegiert, die KFOR einzurichten. Dabei behielten die truppenstellenden Staaten gewisse Restkompetenzen. Diese änderten aber nichts am operationellen Oberbefehl (operational command) der NATO.<sup>102</sup> Im Ergebnis hatte – so der EGMR – der UN-Sicherheitsrat die Letztverantwortung inne und die NATO den effektiven operationellen Oberbefehl, so dass die KFOR-Aktionen den Mitgliedstaaten nicht zurechenbar waren.<sup>103</sup> Weil UNMIK

<sup>100</sup> EGMR, Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen (Fn. 89), Rn. 43.

<sup>101</sup> *Ibid.*, Rn. 132. Siehe zur Problematik der vom EGMR angelegten Kriterien, insbesondere zu der zweifelhaften, vom englischen House of Lords aufgegriffenen, Unterscheidung zwischen Delegation und Autorisierung unten Text mit Fn. 115–117 und 159–161.

<sup>102</sup> *Ibid.*, Rn. 138–39.

<sup>103</sup> *Ibid.*, Rn. 140–41.

ein Hilfsorgan (subsidiary organ) der UNO war, waren die Handlungen der UNMIK ebenfalls den Vereinten Nationen zuzurechnen.<sup>104</sup>

Unter rechtspolitischen Gesichtspunkten argumentierte der EGMR, dass eine gerichtliche Überprüfung von Aktivitäten von EMRK-Staaten, welche die Ausführung der UN-Sicherheitsratsresolutionen freiwillig übernehmen, am Maßstab der EMRK die Erfüllung der zentralen Aufgabe der UN, nämlich der Friedenssicherung, behindern würde. Dies würde darauf hinauslaufen, die Umsetzung einer Sicherheitsratsresolution an Bedingungen zu knüpfen, die in der Resolution so nicht vorgesehen waren.<sup>105</sup> Auf die Tatsache, dass die KFOR keinen EMRK-äquivalenten Grundrechtsstandard gewährleistete, so dass die Vermutung der EMRK-Konformität des beklagten Vertragsstaates entkräftet werden könne (Bosphorus-Test), komme es nicht an.<sup>106</sup> Somit waren sowohl die unterlassene Entminung durch die UNMIK als auch die Verhaftung durch die KFOR nur den UN, nicht aber den Vertragsstaaten zuzurechnen, und der EGMR war unzuständig.

Die Grundsätze von *Behrami* wurden bereits in weiteren Unzulässigkeitsentscheidungen zum Kosovo,<sup>107</sup> zu Zypern in Bezug auf die UNFICYP<sup>108</sup> und in *Beric* auf den Hohen Repräsentanten von Bosnien-Herzegowina angewendet. Der Hohe Repräsentant hatte die Beschwerdeführer von allen öffentlichen Posten und ihren Positionen in politischen Parteien entfernt. Diese erblickten darin eine Verletzung ihrer Rechte aus Artikel 6 EMRK und anderen Konventionsgarantien. Der EGMR bejahte hier die effektive Globalkontrolle (effective overall control) des Sicherheitsrates, und rekurrierte somit auf das gebietsbezogene Kriterium der *Loizidou*-Rechtsprechung.<sup>109</sup> Der EGMR verwies auf die Sicherheitsratsresolution 1031 (1995), welche die Einsetzung eines Hohen Repräsentanten als Zwangsmaßnahme nach Kapitel VII autorisiert hatte. Daraufhin trat mehrfach eine Friedensumsetzungskonferenz zusammen, welche die Kompetenzen (sogenannte Bonner Vollmachten) des Hohen Repräsentanten definierte. Der

<sup>104</sup> *Ibid.*, Rn. 143.

<sup>105</sup> *Ibid.*, Rn. 149.

<sup>106</sup> *Ibid.*, Rn. 150 f. Siehe zu Bosphorus oben Text mit Fn. 79.

<sup>107</sup> EGMR, *Kasumaj v. Greece*, Beschw. Nr. 6974/05, Unzulässigkeitsentscheidung vom 5. Juli 2007; EGMR, *Gaj v. Germany*, Beschw. Nr. 31446/02, Unzulässigkeitsentscheidung vom 28. August 2007: In Anwendung der *Behrami*/Saramati-Grundsätze sind KFOR-Maßnahmen (hier Besetzung von Häusern) den Vereinten Nationen zuzurechnen.

<sup>108</sup> Nach EGMR, *Stephens v. Zypern, Türkei und die Vereinten Nationen*, Beschw. Nr. 45267/06 (2008) sind Beschädigungen von Häusern durch Kampfhandlungen in der Pufferzone auf Zypern alleine den Vereinten Nationen zuzurechnen, weil die United Nations Peacekeeping Force in Cyprus (UNFICYP) als Hilfsorgan der Vereinten Nationen „unter ausschließlicher Kontrolle und Kommando der UN“ standen (S. 7).

<sup>109</sup> EGMR, *Beric v. Bosnien-Herzegowina*, Beschw. Nr. 36357/04 und andere, Unzulässigkeitsentscheidung vom 16. Oktober 2007, Rn. 27. Siehe zu *Loizidou* und Zypern oben Text mit Fn. 15 ff.

Gerichtshof bejahte die Kontrolle des Sicherheitsrates mit folgenden Argumenten: Die Sicherheitsratsresolution enthielt eine explizite sachlich ausreichend begrenzte Delegation an bestimmte Mitgliedstaaten. Dem Hohen Repräsentanten oblag eine Berichtspflicht an den Sicherheitsrat.<sup>110</sup> Und schließlich hatten Maßnahmen bzw. Entscheidungen des Hohen Repräsentanten unmittelbare Wirkung und bedurften keiner Umsetzung durch die Staaten.<sup>111</sup> Mangels Zurechenbarkeit der Maßnahmen des Hohen Repräsentanten zu einem Konventionsstaat war die Beschwerde unvereinbar mit der Konvention *ratione personae* im Sinne von Artikel 35 Abs. 3 EMRK und damit unzulässig.

### γ) Rezeption der *Behrami/Saramati*-Entscheidung

Die *Behrami/Saramati*-Entscheidung wurde schnell von nationalen Gerichten rezipiert, unter anderem vom britischen House of Lords und von einem niederländischen Gericht.

#### aa) *House of Lords, Al-Jeddah* (2007)

Das House of Lords hatte zu entscheiden, ob eine zeitlich unbefristete Präventivhaft des britisch-irakischen Doppelbürgers Al-Jeddah durch britische Truppen in einem britischen Internierungslager im Irak am Maßstab der EMRK gemessen werden könne.<sup>112</sup> Dies wurde als eine Frage der Zurechnung der Maßnahme zum Vereinigten Königreich formuliert.

Lord Bingham bejahte für die Mehrheit der Law Lords die Zurechenbarkeit zum Vereinigten Königreich.<sup>113</sup> Jedoch müsse zur Versöhnung der Konventionsbindungen mit der aus dem UN-Recht fließenden Verpflichtung zur Gewährleistung der Sicherheit im Irak die EMRK-Garantie „qualifiziert“ werden.<sup>114</sup>

In Abgrenzung zur Völkerrechtslage im Kosovo<sup>115</sup> erblickte das House of Lords im Irak keine UN-Delegation eigener UN-Befugnisse, sondern eine Autorisierung der Briten und Amerikaner als Besatzungsmacht durch die Vereinten Nationen für den Zeitraum vom 1. Mai 2003 bis zum 28. Juni 2004. Nach Ablauf dieser Autorisierung konnte die britischen Präsenz auf zwei parallele Rechtsgrundlagen gestützt werden, einerseits auf eine Einladung der irakischen Interimsregierung und andererseits auf die Sicher-

<sup>110</sup> EGMR, *Beric v. Bosnien-Herzegowina* (Fn. 109), Rn. 28.

<sup>111</sup> *Ibid.*, Rn. 29.

<sup>112</sup> House of Lords, R. (on the Application of Al-Jeddah) v. Secretary of State for the Defence, Urteil vom 12. Dezember 2007, [2007] UKHL 58.

<sup>113</sup> *Ibid.*, Rn. 5–25 (Lord Bingham of Cornwall); ebenso Rn. 149 (Lord Brown).

<sup>114</sup> So Rn. 125 (Baroness Hale of Richmond); in diesem Sinne auch Rn. 39 (Lord Bingham of Cornwall).

<sup>115</sup> *Ibid.*, Rn. 18–24 (Lord Bingham); Rn. 144–149 (Lord Carswell).

heitsratsresolution 1546 vom 8. Juni 2004, welche die bereits vorher eingesetzte United Nations Assistance Mission for Iraq (UNAMI) bestätigte. Im Zusammenhang mit der Einladung der irakischen Interimsregierung umschrieb ein Brief des damaligen US-Verteidigungsministers Powell an den Präsidenten des UN-Sicherheitsrates das Mandat der multinationalen Truppen im Irak auf der Basis der Vereinbarungen mit dem Irak. Er stellte unter anderem Internierungen, soweit aus Sicherheitsgründen zwingend erforderlich, in Aussicht. Al-Jeddah wurde im Oktober 2004, also nach Beginn dieses Rechtsregimes, verhaftet.

Nach Auffassung der Mehrheit durfte und musste die Internierung dem Vereinigten Königreich zugerechnet werden, weil von Seiten der Vereinten Nationen keine bloße Delegation, sondern eine echte Autorisierung vorlag, mit welcher der Staat zur Vornahme von Aufgaben ermächtigt wurde, welche die Vereinten Nationen selbst nicht hätten vornehmen können.<sup>116</sup>

Nach Bejahung der Zurechnung prüfte die Mehrheit, ob die Anwendbarkeit von Artikel 5 EMRK durch Artikel 103 UN-Charta vollständig übertrumpft oder nur durch die Verpflichtungen des Vereinigten Königreichs gegenüber den Vereinten Nationen modifiziert oder qualifiziert würden.<sup>117</sup> Die Mehrheit war der Ansicht, dass die Ziele der Vereinten Nationen mit den Anforderungen des Artikel 5 EMRK versöhnt werden könnten. Die Sicherheitsratsresolution 1546, mit der UNAMI eingesetzt wurde, nimmt prinzipiell am Vorrang der UN-Charta nach Artikel 103 teil. Das Vereinigte Königreich dürfe in Ausführung des UN-Mandats die zwingend erforderlichen Internierungen vornehmen, müsse aber dabei sicherstellen, dass die Rechte der Internierten nach Artikel 5 EMRK nur soweit eingeschränkt würden wie es einer derartigen Internierung „inhärent“ sei.<sup>118</sup>

Nur Lord Earlsferry kam in seinem Minderheitenvotum zum Ergebnis, dass die EMRK von vornherein nicht anwendbar sei.<sup>119</sup> Er setzte die rechtliche Verantwortung der Vereinten Nationen nach dem Ende der kriegsrischen Besatzung im Irak mit derjenigen im Kosovo gleich. Hilfsweise würde die in Sicherheitsratsresolution 1546 statuierte Pflicht zur Internierung wegen Artikel 25 und Artikel 103 UN-Charta dem Artikel 5 EMRK vorgehen.<sup>120</sup> Folgte man Lord Earlsferry, wäre eine unbegrenzte Präven-

<sup>116</sup> *Ibid.*, Rn. 23 (Lord Bingham). A.A.: Lord Earlsferry insb. in Rn. 80 (unter Verweis auf Banković).

<sup>117</sup> Klar Rn. 150 (Lord Eaton-under-Heywood), auch Rn. 26–39 (Lord Bingham). Die Vorfrage, ob Art. 103 UN-Charta auf alle Beschlüsse nach Art. 42 und 43 UN-Charta, also auch auf Ermächtigungen und nicht nur auf Verpflichtungen anwendbar sei, wurde von Lord Bingham bejaht (Rn. 33).

<sup>118</sup> Rn. 39 (Lord Bingham); in diesem Sinne auch Baroness Hale of Richmond, Rn. 121–129.

<sup>119</sup> *Ibid.*, Rn. 45–120, insb. 105 (Lord Earlsferry).

<sup>120</sup> *Ibid.*, Rn. 118 (Lord Earlsferry).

tivhaft bzw. Internierung durch britische Behörden im Irak ohne Beachtung der EMRK-Standards zulässig.

Im Ergebnis wurde von der Mehrheit des Gerichts eine Art praktische Konkordanz zwischen EMRK und dem UN-Recht angestrebt und die ungeschriebene Bedingung der Respektierung von UN-Sicherheitszielen in Artikel 5 EMRK hineingelesen. Dieser Ansatz erscheint sachgemäß, weil er einen schonenden Ausgleich anstelle einer Alles-oder-Nichts-Lösung (wie Behrami einerseits und Kadi<sup>121</sup> andererseits) anstrebt.

### *ββ) Distriktsgericht von Den Haag, Srebrenica (2008)*

Das Behrami/Saramati-Urteil wurde ferner in einem in den Niederlanden ausgetragenen Rechtsstreit in Bezug auf das Massaker von Srebrenica (Bosnien-Herzegowina) rezipiert. Es ging hier um die Mitverantwortung der ca. 400 niederländischen Blauhelmsoldaten (Dutchbat), die auf der Grundlage von Sicherheitsratsresolution 819 (1993) für die Überwachung der Schutzzone von Srebrenica dort stationiert waren. Das Distriktsgericht von Den Haag verneinte die Zurechenbarkeit von Deportationen und Tötungen zu den Niederlanden.<sup>122</sup> Es stützte sich auf Artikel 6 ILC-Artikel zur Staatenverantwortung über die Organleihe von einem Staat an einen anderen („organs placed at the disposal of a state by another state“) und wandte diese Regel per Analogie auf die Zurverfügungstellung von Truppen an die Vereinten Nationen an.<sup>123</sup> Nach dieser Vorschrift kommt es auf die Ausübung von Hoheitsrechten („exercise of elements of governmental authority“) durch den Empfänger der Organleihe an. Die Teilnahme an einer UN-Peacekeeping Operation impliziere, so das Gericht, dass „operational command and control“ über die Truppen auf die Vereinten Nationen übertragen werde.<sup>124</sup> Diese Übertragung beinhalte nicht notwendigerweise die Personalangelegenheiten oder die Rückzugsentscheidung („full command“).

Die Frage eines eventuellen Konflikts zwischen UN-Verpflichtungen und entgegenstehenden vertraglichen Verpflichtungen des truppenstellenden Staates (aus der EMRK) stelle sich nicht, weil die Zurverfügungstellung von Truppen freiwillig sei.<sup>125</sup> Der Bosphorus-Ansatz sei somit irrelevant. Bosnien-Herzegowina stand zum Zeitpunkt des Massakers weder unter der effektiven Kontrolle der Vereinten Nationen noch der Nieder-

<sup>121</sup> EuGH, Kadi u. Al Barakat (Fn. 84), Rn. 288. Dazu auch unten Fn. 216.

<sup>122</sup> District Court in The Hague, Civil law section Case no.7, cause list no. 265615/HA ZA 06-1671, Urteil vom 10. September 2008, LJN: BF0181, engl. Übersetzung in Netherlands International Law Review 2008, S. 440-455.

<sup>123</sup> *Ibid.*, Rn. 4.8.

<sup>124</sup> *Ibid.*, Rn. 4.9.

<sup>125</sup> *Ibid.*, Rn. 4.12.1.

lande. Die Lage sei nicht vergleichbar mit der Präsenz der Türkei in Nordzypern, denn das Gebiet von Srebrenica war nicht extraterritorial. Und anders als die KFOR und UNMIK in Behrami/Saramati hatte die UNPROFOR Mission in Srebrenica keine legislativen, exekutiven und judiziellen Kompetenzen.

Die Grundregel der alleinigen Zurechnung zu den Vereinten Nationen werde nicht durch Besonderheiten im Fall Srebrenica überwunden.<sup>126</sup> Zwar könnten die Vereinten Nationen bei grober Fahrlässigkeit des truppenstellenden Staates im Innenverhältnis bei jenem Regress nehmen. Hierzu wurde jedoch nichts vorgetragen.<sup>127</sup>

Das Gericht erwog weiter, ob durch niederländische Befehle die reguläre Kommandostruktur gestört und die Befehlskette durchbrochen worden war. Wenn niederländische Behörden Dutchbat angewiesen hätten, die Befehle der Vereinten Nationen zu ignorieren, dann wäre Raum entstanden für eine Verantwortung der Niederlande. Eine solche Befehlsstörung seitens der Niederlande lag aber nicht vor. In der Situation der parallelen Instruktionen sowohl von Seiten der Niederlande als auch der Vereinten Nationen war somit nicht von der üblichen Zurechnungsregel abzuweichen.<sup>128</sup> Somit blieb die tatsächliche Grundlage für die volle Zurechnung aller der Dutchbat vorgeworfenen Maßnahmen während der Deportation der muslimischen Bevölkerung zu den Vereinten Nationen bestehen.<sup>129</sup>

Da das Gericht gleichzeitig die Immunität der Vereinten Nationen vor niederländischen Gerichten bestätigte,<sup>130</sup> bleibt eine eventuelle völkerrechtliche Verantwortung der Vereinten Nationen nicht durchsetzbar. Diese Verfahren verdeutlichen die Rechtsschutzlücke, die aufgrund der alleinigen Zurechnung von Maßnahmen zu den Vereinten Nationen in Verbindung mit deren Immunität vor nationalen Gerichten und dem Fehlen eines internationalen Rechtsschutzmechanismus gegen die Vereinten Nationen entsteht.

<sup>126</sup> *Ibid.*, Rn. 4.8. und 4.1.3.

<sup>127</sup> *Ibid.*, Rn. 4.13.

<sup>128</sup> *Ibid.*, Rn. 4.14.1. und 4.15.

<sup>129</sup> *Ibid.*, Rn. 4.14.5.

<sup>130</sup> District Court in The Hague, Civil law section Case no.7, cause list no. 295247/HA ZA 07-2973, Urteil im Vorverfahren vom 10. Juli 2008, LJN: BD6796, engl. Übersetzung in *Netherlands International Law Review* 2008, S. 428–439.

### 3. Systematisierung und Kritik der EGMR-Rechtsprechung

#### a) Prüfungsraster nach der Rechtsprechung

Folgt man der Rechtsprechung, so ergibt sich folgendes Prüfungsraster: Für Menschenrechtsbeeinträchtigungen innerhalb des beklagten Staates ist die örtliche und personelle Anwendbarkeit der EMRK prinzipiell zu vermuten.<sup>131</sup> Wird in dieser Konstellation der Vorwurf der Verletzung der EMRK erhoben, spielt es keine Rolle, ob eine inkriminierte Maßnahme einer internationalen Organisation zugerechnet werden muss, weil sich die Konventionsstaaten nicht ihrer Verantwortung für die Einhaltung der EMRK entledigen können (Matthews/Bosphorus-Prinzip).

Außerhalb des Staatsgebiets des beklagten Staates ist die EMRK *prima facie* nicht anwendbar. Um eine Ausnahme zu begründen, muss die effektive Kontrolle über die handelnden Akteure geprüft werden. Wenn der Konventionsstaat im Verhältnis zum Territorialstaat die effektive gesamthafte Kontrolle über eine Region oder das gesamte Staatsgebiet ausübt oder wenn einzelne Personen sich direkt „unter der Autorität und Kontrolle“ von Amtsträgern oder Militärs im Ausland befinden (Issa<sup>132</sup>) ist die EMRK anwendbar.

Für die Situationen, in denen gleichzeitig extraterritorial gehandelt wird und eine internationale Organisation involviert ist (wie im Kosovo oder im Irak), muss die effektive Kontrolle des Konventionsstaates in zwei Richtungen ermittelt werden: im Verhältnis zum Standortstaat und im Verhältnis zur internationalen Organisation.

Wenn nur der Standortstaat die effektive Kontrolle über Gebiet und Akteure ausübt oder grundrechtsbetroffene Personen in seinem Gewahrsam hat, stellt sich die Frage der Abgrenzung der Verantwortlichkeitssphären zwischen dem Konventionsstaat und der Organisation nicht, da dann ohnehin nur das Ortsrecht anwendbar ist (eventuell einschließlich der EMRK kraft Ratifikation durch den Standortstaat).

(Nur) in den Situationen, in denen die effektive Kontrolle des Aufenthaltsstaates durch die ausländische oder internationale Präsenz beeinträchtigt wird, wie im Kosovo vor seiner Unabhängigkeit, kommt es auf die Macht- und Aufgabenverteilung zwischen der Organisation und dem Konventionsstaat an, und hier wird der Begriff der Kontrolle zum Schlüsselbegriff (dazu näher sogleich im nächsten Abschnitt).

Wenn aber die Organisation sowohl im Verhältnis zum Standortstaat als auch im Verhältnis zum Konventionsstaat die Kontrolle (nach dem EGMR die „Letzt-“kontrolle<sup>133</sup>) innehat, ist in Bezug auf den Menschen-

<sup>131</sup> EGMR, Assanidze v. Georgien (Fn. 3), Rn. 139.

<sup>132</sup> EGMR, Issa u.a. v. Türkei (Fn. 11), Rn. 71–72.

<sup>133</sup> Siehe zur Kritik an diesem in Behrami/Saramati neu eingeführten Begriff sogleich.

rechtsschutz weder das Recht des Konventionsstaates noch das Ortsrecht anwendbar, sondern allein das Recht der internationalen Organisation.

*b) Das Kriterium der Kontrolle: effektiv, gesamthaft oder ultimativ?*

*a) Die doppelte Relevanz der Kontrolle im Verhältnis zu anderen Staaten und internationalen Organisationen*

Die Rechtsprechungsübersicht hat gezeigt, dass der EGMR das Kriterium der Kontrolle erstens bei extraterritorialer Hoheitsrechtsausübung (für die Ermittlung des Anwendungsbereichs der EMRK) und zweitens bei der Zuverfügungstellung von Staatsorganen an internationale Organisationen (für die Zurechnung einer konkreten EMRK-Verletzung zu einem Konventionsstaat) einsetzt. Diese Doppelfunktion des Konzepts sollte nicht dazu führen, beide Fragen, die sich bei Auslandseinsätzen oft kumulativ stellen, zu vermengen.

Die Frage, ob die EMRK in räumlicher Hinsicht anwendbar ist, ist derjenigen der internationalen Verantwortung vorgeschaltet. Dabei geht es aber auch um eine Abgrenzung der Verantwortlichkeitssphären zwischen dem Konventionsstaat und dem Staat, in dessen Hoheitsgebiet gehandelt wird und damit um eine Konkurrenz zwischen der Geltung der EMRK und dem Ortsrecht.

Bei der Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen geht es dem gegenüber nicht primär um eine territoriale Abgrenzung. Die Organisation, der ein Konventionsstaat Befugnisse übertragen hat, kann auch im Territorium des beklagten Konventionsstaates handeln. Dies ist bei Akten der EU sogar typischerweise der Fall. Gefragt ist vielmehr nach einer sachbezogenen Abgrenzung von Verantwortlichkeitssphären zwischen Konventionsstaat und der internationalen Organisation.

Weil es somit im Dreiecksverhältnis Konventionsstaat – Tatortstaat – internationale Organisation für die Anwendbarkeit der EMRK entscheidend auf die Kontrolle eines Konventionsstaates über eine Region oder Akteure ankommt, muss dieser Begriff möglichst klar definiert sein. Wie noch darzulegen sein wird, sollte das Kontrollkriterium im Rahmen der materiellen Grundrechtsprüfung zum Einsatz kommen und nicht schon das Eintreten in einen Fall verhindern (unten Abschnitt III.1.).

*β) Effektive Kontrolle im Recht der internationalen Verantwortung*

Als Zurechnungsgesichtspunkt ist das Kriterium der effektiven Kontrolle im allgemeinen Recht der internationalen Verantwortung etabliert (Artikel 8 ILC-Artikel und Artikel 5 ILC-Entwurf internationale Organisationen). Eine Menschenrechtsverletzung ist ein spezieller Fall der Völker(vertrags-)



rechtsverletzung, für den prinzipiell die Grundsätze der Staatenverantwortung gelten, sofern nicht Spezialregeln dies ausschließen. Deshalb ist es folgerichtig, dass auch für die Anwendbarkeit des IPBürg der UN-Menschenrechtsausschuss auf die effektive Kontrolle der Vertragsstaaten abstellt.<sup>134</sup> Ähnlich dürften die ILC-Grundsätze auch auf Verletzungen der EMRK Anwendung finden.<sup>135</sup> Zwar gelten nach Artikel 33 (2) und 55 ILC-Artikel diese Regeln über die Staatenverantwortung allgemein im zwischenstaatlichen Verhältnis und können durch *leges speciales*, beispielsweise im Menschenrechtsbereich überspielt werden. Dennoch sollten solche Spezialregeln nicht im Widerspruch zu den allgemeinen Grundsätzen stehen.

Effektive Kontrolle im Sinne der Staatenverantwortung erfordert eine „wirkliche Verbindung zwischen der Person oder den Gruppen, welche die Handlung vornehmen und dem Staatsapparat.“<sup>136</sup> Zurechnung zum Staat ist nicht möglich, wenn das inkriminierte Verhalten „nur inzident oder peripher mit einer Operation zusammenhing, und der staatlichen Kontrolle oder Anleitung entging.“<sup>137</sup> Das Kriterium ist also relativ streng, und die effektive Kontrolle muss gesondert für jede individuelle und konkrete Maßnahme ermittelt werden: Es müssen „die Anweisungen des Staates in Bezug auf jede Operation gegeben worden sein, bei der die behaupteten Rechtsverletzungen vorkamen, nicht nur allgemein in Bezug auf die Gesamttätigkeiten der Personen oder Gruppen, welche die Verletzungen begingen.“<sup>138</sup> Bloße „Einflussnahme“ auf die handelnden Personen reicht nicht aus.<sup>139</sup>

<sup>134</sup> UNHRC, General Comment No. 31[80], Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant (Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 vom 26. Mai 2004), Rn. 10.

<sup>135</sup> Die ILC selbst hat für den Menschenrechtsbereich nicht ausdrücklich Stellung genommen, fasst die ILC-Artikel jedoch als allgemeine Zurechnungsregeln mit universeller Anwendbarkeit auf und unterstreicht die allgemeine Anwendbarkeit der ILC-Artikel für alle Bereiche des Völkerrechts (ILC-Rep. 1973, YBILC 1973, vol. II, S. 161 ff. (S. 170, Rn. 42)). Sie hat bei der Untersuchung des Rechts der Staatenverantwortlichkeit auch vielfach auf Praxis aus dem Bereich der Menschenrechte zurückgegriffen (siehe z.B. Report of the Commission to the GA on its work of its 29th session (1977), UN-Doc. A/32/10, YBILC 1977, Vol. II, Teil 2, S. 1 ff. (S. 20, Rn. 7)).

<sup>136</sup> ILC-Report on the work of its 53rd session, YBILC 2001, Vol. II, Teil 2, S. 47 (Übersetzung der Verf.).

<sup>137</sup> *Ibid.*, (Übersetzung der Verf.). In der IGH-Rechtsprechung wurde bisher nicht ausgeführt, was dies im konkreten Fall erfordert. Die beiden IGH-Leitentscheidungen, Nicaragua und Bosnian Genocide (siehe unten Fn. 138 und 147) haben nur festgestellt, dass die effektive Kontrolle fehlte, ohne in positiver Hinsicht zu definieren, wann die effektive Kontrolle vorläge.

<sup>138</sup> IGH, Case Concerning the Application on the Prevention of the Convention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), ICJ Reports 2007, 91, Rn. 400 (Übersetzung der Verf.).

<sup>139</sup> Cf. *ibid.*, Rn. 412.

y) *Ultimative Kontrolle im Verhältnis zu internationalen Organisationen?*

Die Rechtsprechung des EGMR ist mit den geschilderten Grundsätzen nicht abgestimmt. In Behrami erwähnte der EGMR zwar den ILC-Entwurf zur Verantwortlichkeit internationaler Organisationen und vor allem dessen Artikel 5, der eine effektive Kontrolle der Organisation fordert, und auch die beteiligten Regierungen stellten auf Kriterium der effective control ab.<sup>140</sup> Als Zurechnungsgesichtspunkt (und als Kriterium für die Bejahung seiner eigenen gerichtlichen Zuständigkeit) führte der Gerichtshof jedoch ein anderes Kriterium als „key question“ ein, nämlich das der „Letztverantwortung und Kontrolle“ („ultimate authority and control“).<sup>141</sup> Dieser Begriff ist völlig neu. Er stammt nicht aus der vorgängigen EGMR-Rechtsprechung und tauchte bisher weder im Recht der Staatenverantwortung (in den ILC-Texten) noch in der Rechtsprechung anderer Gerichte und Menschenrechtsschutzinstanzen auf. Das neue Kriterium scheint deutlich weiter oder lockerer zu sein als der vom IGH wie oben beschrieben konkretisierte Begriff der „effektiven Kontrolle“.<sup>142</sup>

Gegen den neuartigen Begriff der Letztverantwortung und -kontrolle à la Behrami sind zwei Einwände zu erheben. Erstens verbaut der Fokus auf die ultimative (und somit einzige) Verantwortung die Möglichkeit der multiplen Zurechnung mit der Folge einer eventuellen gemeinsamen oder parallelen Haftung.<sup>143</sup> Die Zurechnung einer menschenrechtsbeeinträchtigenden Maßnahme zu einem Konventionsstaat muss nicht unbedingt dazu führen, dass andere Akteure (internationale Organisationen oder andere Staaten) nicht zur Verantwortung gezogen werden. Abhilfe würde eine beiderseitige Zurechnung schaffen. Deren dogmatische Ausgestaltung ist im Völkerrecht allerdings noch weitgehend unklar, und bei der Beteiligung europäischer Staaten an Einsätzen in Zusammenarbeit mit den Vereinten Nationen würden außerdem divergierende inhaltliche Maßstäbe gelten (europäische Menschenrechte einerseits, universelle Standards andererseits).

Zweitens geht es in Bezug auf die EMRK nur um die Verantwortung von Staaten, die Partei der EMRK sind. Es geht gerade nicht um die Ver-

<sup>140</sup> EGMR, Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen (Fn. 89), Rn. 104 (Vorbringen von Deutschland); Rn. 109 (Vorbringen von Griechenland).

<sup>141</sup> *Ibid.*, Rn. 137.

<sup>142</sup> Kjetil Mujezinovic Larsen, Attribution of Conduct in Peace Operations: The „Ultimate Authority and Control“ Test, *European Journal of International Law* 19 (2008), S. 509–533 (S. 522–23).

<sup>143</sup> Für die Möglichkeit einer multiplen Zurechnung, z.B. im Fall Behrami/Saramati und bei Peacekeeping Einsätzen auch ILC-Sonderberichterstatter Giorgio Gaja, zweiter Bericht zur Zurechnung von Verhalten zu internationalen Organisationen von 2004 (UN-Doc. A/CN.4/541, Rn. 6, 13, 48). In der Literatur Mujezinovic Larsen (Fn. 142), S. 517; Pierre Bodeau-Livinec, Gionata P Buzini, Santiago Villalpando, Anm. zu Behrami, *American Journal of International Law* 102 (2008), S. 323–330 (S. 329).

antwortung einer gegebenenfalls involvierten Organisation. Die Zurechnung einer Handlung zur Organisation interessiert nur insofern, als – nach dem Behrami-Ansatz – diese Zurechnung in der Art eines Nullsummenspiels dazu führt, dass eine konkrete Maßnahme dann nicht dem Konventionsstaat zugerechnet wird. Weitere Haftungsfolgen für die Organisationen interessieren den EGMR nicht, und es ist jedenfalls klar, dass die betroffenen Organisationen momentan nicht an die EMRK gebunden sind.<sup>144</sup> Es müssten also im Kontext der EMRK die Zurechnungskriterien des Rechts der Staatenverantwortung maßgeblich sein, und nicht diejenigen für die Verantwortung internationaler Organisationen. Es ist deshalb nicht ohne weiteres einsichtig, dass der EGMR in Behrami/Saramati auf den ILC-Entwurf zur Verantwortung internationaler Organisationen abgestellt hat und nicht auf die ILC-Artikel zur Staatenverantwortung. Allerdings ist dies nur ein formalistischer Gesichtspunkt, wenn das Kriterium der effektiven Kontrolle in Artikel 8 ILC-Artikel und in Artikel 5 ILC-Entwurf zu den internationalen Organisationen dieselbe Bedeutung hat. Dies wird zwar verschiedentlich unter Verweis auf die unterschiedlichen Funktionen der Vorschriften bezweifelt: Bei der Zusammenarbeit von Staaten und internationalen Organisationen gehe es nicht darum, ob ein Verhalten überhaupt einem Hoheitsträger zurechenbar ist, sondern um die Aufteilung der Verantwortung zwischen Staaten und internationaler Organisation.<sup>145</sup> Diese bloße Funktionsnuance scheint jedoch keine abweichende Interpretation des identischen Begriffs zu rechtfertigen. Zwar ist es formal korrekter, für die Anwendung der EMRK auf die Artikel zur Staatenverantwortung abzustellen, wie es beispielsweise das Distriktsgericht von Den Haag getan hat,<sup>146</sup> im Ergebnis sollten jedoch die Anwendung der ILC-Artikel und des Entwurfs zu den internationalen Organisationen zum selben Ergebnis führen.

#### δ) Gesamthafte Kontrolle?

Die bisher vom EGMR für die Beherrschung von Gebiet benutzte Formel der „effective overall control“ schafft Verwirrung im Vergleich zum Recht der Staatenverantwortung. In jenem Rechtsgebiet ist nach der Kontroverse zwischen dem IGH und dem ICTY entschieden, dass das Handeln nicht-staatlicher Akteure einem Staat nur dann zurechenbar ist, wenn der Staat

<sup>144</sup> Für die EU würde sich das erst ändern, falls diese aufgrund der Ermächtigung des Lissabonner Vertrages der EMRK beitrete. Für universelle Organisationen wie die UN ist dies jedoch keine Option.

<sup>145</sup> Siehe den Kommentar zu den vorläufig von der ILC angenommenen Entwurfsartikeln (UN-Doc. A/59/10, S. 111).

<sup>146</sup> Siehe oben Text mit Fn. 123.

die effektive und nicht nur die globale („overall“) Kontrolle über diesen Einzelakt innehatte.<sup>147</sup>

Es ist insofern unglücklich, dass der EGMR die beiden Adjektive, die im Recht der Staatenverantwortung als Gegensätze aufgestellt wurden, nämlich effektive (effective) versus „global“ („overall“) in seiner früheren Entscheidung zur territorialen Anwendbarkeit der EMRK amalgamiert und eine „effective overall control“ gefordert hatte.<sup>148</sup> Auch in *Behrami* hatten die beklagten Regierungen dieses Kriterium vorgebracht.<sup>149</sup> (Der EGMR prüfte aber dann vor allem die Zurechenbarkeit anhand des neuen Letztverantwortungs- und Kontroll-Tests, weil er die Frage der Extraterritorialität ausklammerte.)

Die territorialbezogene Formel *effective overall control*, die vor allem für militärische Maßnahmen relevant ist, sollte in Beziehung zum Recht des bewaffneten Konflikts gesetzt werden. Eine Begriffbestimmung von Kontrolle im Sinne tatsächlicher Gewalt über ein Gebiet führt sinnvollerweise zu einem Gleichklang mit den Wertungen des humanitären Völkerrechts. Nach Artikel 42 Haager Landkriegsordnung<sup>150</sup> gilt ein Gebiet als besetzt „wenn es sich tatsächlich in der Gewalt des feindlichen Heeres befindet“. Die Folge ist, dass die Besatzungsmacht an speziellen Regeln des humanitären Völkerrechts, insbesondere an die IV. Genfer Konvention, gebunden ist. Für den Schutz der Zivilbevölkerung wird jedoch ein noch niedrigerer Standard angelegt. Nach der Rechtsprechung des Jugoslawientribunals reicht es für die Gewähr von persönlichen Rechten aus, dass ein Individuum in die Hände der Okkupanten gefallen ist, unabhängig vom Grad der Kontrolle über das Gebiet.<sup>151</sup> Auf diese Weise sollen Individuen effektiv bereits auch im Zuge des Vorrückens von Truppen vor der festen Etablierung der Besatzungsmacht geschützt werden. Die Rechtsprechung des EGMR zur Bejahung der Jurisdiktion von Konventionsstaaten bei Kontrolle über Gebiet einerseits und über Personen andererseits passt zu dieser Zweiteilung des humanitären Völkerrechts und führt hier wie dort zu einer Verstärkung des Schutzes von Einzelnen, auch in Situationen, die (noch) keine volle Besatzung darstellen.

<sup>147</sup> IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Merits, ICJ Reports 1986, 14, Rn. 115; IGH, *Case Concerning the Application on the Prevention of the Convention and Punishment of the Crime of Genocide* (Fn. 138), Rn. 396–407.

<sup>148</sup> EGMR, *Loizidou II (merits)* (Fn. 16), Rn. 56.

<sup>149</sup> EGMR, *Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen* (Fn. 89), Rn. 68; Rn. 82 (Vorbringen von Frankreich); Rn. 98 (Vorbringen von Dänemark); Rn. 113 (Vorbringen des VK).

<sup>150</sup> Anlage zum Abkommen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (IV. Haager Abkommen) vom 18. Oktober 1907, RGBL. 1910, S. 107.

<sup>151</sup> ICTY, Trial Chamber, Case No. IT-98-34-T, Urteil vom 31. März 2003, *Prosecutor v. Naletilic, aka „TUTA“ and Vinko Martinovic, aka „STELA“*, Rn. 221–222.

Schließlich sollte die Parallele zur Übertragung von Hoheitsgewalt auf Private gesehen werden. Hier wie beim Fokus auf overall control über fremdes Gebiet kommt es auf den gesamthaften staatlichen Rahmen an, der zur Verantwortungsbegründung ausreicht. So wird in der universellen Menschenrechtsrechtsprechung zunehmend auf den Aktionsrahmen, beispielsweise ein Gefängnis abgestellt. Handlungen innerhalb eines privatisierten Gefängnisses, selbst wenn sie mangels effektiver Kontrolle über die Einzelhandlung, im Einzelfall nicht konkret einem Staat zuzurechnen sind, können dennoch die menschenrechtliche Verantwortung des Staates begründen.<sup>152</sup>

*e) Effektive Kontrolle als durchgängiges, flexibel anwendbares Kriterium*

Im Verhältnis zwischen EMRK-Vertragsstaaten und internationalen Organisationen sollte ebenfalls die effektive Kontrolle für die Anwendbarkeit der EMRK und die Zurechnung von Konventionsverletzungen maßgeblich sein, zumal Art. 5 ILC-Entwurf dieses Kriterium ausdrücklich nennt. Allerdings dürfte in Bezug auf Handeln der Vereinten Nationen effektive Kontrolle nicht als eine direkte, exklusive und/oder einzelaktsbezogene Kontrolle des Sicherheitsrates aufgefasst werden. Denn ein so strenger Maßstab würde niemals zu einer Zurechnung führen, weil die nach Artikel 43 UN-Charta ursprünglich vorgesehenen Abkommen zwischen den Vereinten Nationen und den Mitgliedstaaten nie geschlossen wurden. Somit ist der Sicherheitsrat stets auf willige truppenstellende Staaten angewiesen. Diese werden notwendigerweise immer ein gewisses Maß an eigener Kontrolle über ihre Truppen beibehalten. Deshalb darf eine Zurechnung zu den Vereinten Nationen nicht schon an einer Residualkontrolle der Staaten scheitern, wenn sie nicht eine gänzlich theoretische Möglichkeit bleiben soll.

Andererseits ist zu bedenken, dass Truppen von ihren Staaten genau deshalb nicht der ausschließlichen und vollständigen Kontrolle der Vereinten Nationen unterstellt werden, weil die Mitgliedstaaten noch ein gewisses Maß an Kontrolle behalten wollen. Wenn die truppenstellenden Staaten aber darauf beharren, dann sollte ihre Menschenrechtsverantwortung folgen.<sup>153</sup>

Im Ergebnis dürfte das (in sich ausreichend flexible) Kriterium der effektiven Kontrolle für die Beantwortung der Zurechnungsfragen in allen Dimensionen, also sowohl im zwischenstaatlichen Verhältnis als auch im Verhältnis zwischen Konventionsstaaten und internationalen Organisationen, das sinnvollste sein,<sup>154</sup> und hierbei sollten Artikel 5 ILC-Artikel

<sup>152</sup> Kees (Fn. 75), S. 161 f. und passim.

<sup>153</sup> Mujezinovic Larsen (Fn. 142), S. 529.

<sup>154</sup> In diesem Sinne auch ILC-Sonderberichterstatte Giorgio Gaja (Fn. 143), Rn. 30.

und Art. 5 ILC-Entwurf zu internationalen Organisationen synchron aufgefasst werden.

Prinzipiell ist die Forderung nach effektiver Kontrolle des Konventionsstaates normativ gerechtfertigt. Es wäre sinnlos, die Anwendbarkeit von Grundrechten zu bejahen, wenn dem Staat die faktische Kapazität fehlt, diese anzuwenden. Der Konventionsstaat muss die Fähigkeit haben, seiner menschenrechtlichen Schutzverpflichtung tatsächlich nachzukommen. Wenn er keine effektive Kontrolle über eine Region oder einen Akteur innehat, wäre die staatliche Verantwortung nicht praktisch, sondern nur virtuell. Wenn man aber einen nur virtuelle Hoheitsgewalt ausübenden Konventionsstaat zur Verantwortung ziehen wollte, würde das eigentliche Ziel, der wirksame Schutz der Menschenrechte, unterminiert.

Der durchgängige Fokus auf effektive Kontrolle kann eine weitere Verkomplizierung und Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Anwendbarkeit der EMRK und der Zurechenbarkeit von EMRK-Verletzungen verhindern. Nur dieser Ansatz ist auch aus Sicht der involvierten Organisationen tragfähig. Beispielweise hat sich der UN-Generalsekretär in einem seiner Berichte zur Kosovo-Verwaltung nach Erlass des Behrami-Urteils implizit vom (im Vergleich zur effektiven Kontrolle großzügigeren) Kriterium der „ultimate authority and control“ distanziert und eine Verantwortung der Vereinten Nationen (nur) für Maßnahmen unter der effective operational control der Vereinten Nationen übernommen.<sup>155</sup>

Mit dem effective control-Test würde die Kohärenz des EMRK-Systems mit dem allgemeinen Recht der internationalen Verantwortung gesichert und der diesbezüglichen Fragmentierung des Völkerrechts gegengesteuert.

### *ξ) Indikatoren für die Bewertung der effektiven Kontrolle*

Folgende Gesichtspunkte für die Ermittlung der Kontrolle und der daraus folgenden Aufteilung der Verantwortung sind denkbar.

Im Verhältnis zwischen Konventionsstaat und dem Staat, auf dessen Gebiet Menschenrechtsverletzungen stattfinden, spricht es für eine effektive Kontrolle des ersteren, wenn dieser die üblichen Hoheitsakte vornimmt, die normalerweise vom Aufenthaltsstaat vorgenommen würden („Normalitätstest“).<sup>156</sup> Dies ist beispielsweise der Fall, wenn er Gebäude und Personen durchsucht, Personen festnimmt oder Untersuchungsgefängnisse betreibt. Ein weiteres Indiz für eine effektive Kontrolle des Konventionsstaates über fremdes Gebiet ist auch die Dauer seiner Präsenz im

<sup>155</sup> UN-Secretary General Report on the United Interim Administration Mission in Kosovo vom 12. Juni 2008 (UN-Doc. S/2008/354), Rn. 16.

<sup>156</sup> Richter (Fn. 166), S. 281.

Ausland. Je länger diese währt, desto eher wird man seine effektive Kontrolle bejahen können.

Indizien für eine effektive Kontrolle durch den Konventionsstaat im Verhältnis zur Organisation, und damit für die Anwendbarkeit der EMRK, sind möglicherweise divergierende nationale rules of engagement sowie eigene Verträge der Entsendestaaten mit dem Aufnahmestaat, z.B. über Liegenschaften. Fraglich ist, ob die fortbestehende Straf- und Disziplinalgewalt des Konventionsstaates über Soldaten als Indiz für die effektive Kontrolle des Konventionsstaates gelten soll, da diese nach der aktuellen Praxis immer vorliegen wird und somit nichts zur Abgrenzung von Verantwortlichkeit beiträgt.<sup>157</sup>

In *Behrami/Saramati* und in *Beric* hielt der EGMR – meines Erachtens zu Recht – die Nichtbefristung eines UN-Einsatzes bzw. eines internationalen Amtes für nicht allein maßgeblich. Die Unbefristetheit des Mandats nach der Sicherheitsratsresolution 1244 zum Kosovo ebenso wie des Amtes des Hohen Repräsentanten in Bosnien-Herzegowina bewirkt, dass ein ständiges Mitglied des Sicherheitsrats durch Ausübung des Vetos die Beendigung der Mission bzw. das Auslaufen des Amtes verhindern kann. Diese Möglichkeit der Perpetuierung durch ein ständiges Mitglied steht aber der Zurechenbarkeit zum Sicherheitsrat nicht entgegen,<sup>158</sup> weil einzelne UN-Mitglieder das Mandat oder Amt ihrerseits auch nicht auflösen können.

Diverse Faktoren könnten eine effektive Kontrolle der internationalen Organisation indizieren mit der Folge, dass die EMRK nicht anwendbar ist. So könnte es für die effektive Kontrolle der Organisation sprechen, wenn diese für Schäden im Außenverhältnis im Innenverhältnis zu den truppenstellenden Staaten die Haftung übernommen hat und den Regress erlaubt.

Wie oben geschildert, ist es nach Auffassung des EGMR entscheidend, dass eine Delegation (delegation) eigener Befugnisse der internationalen Organisation an die truppenstellenden Staaten stattfand, und dass diese nicht nur zur Vornahme staatlicher Akte ermächtigt wurde (authorization).<sup>159</sup> Diese Unterscheidung zwischen Autorisierung und Delegation ist neuartig und findet keine Stütze in der UN-Charta.<sup>160</sup> Der Sicherheitsrat spricht in seinen einschlägigen Resolutionen typischerweise von Autorisierung („authorizes ...“<sup>161</sup>).

Nach dem EGMR spricht ferner eine ausdrückliche, sachlich klar umschriebene und zeitlich begrenzte Delegation von Befugnissen der Orga-

<sup>157</sup> Vgl. ILC-Sonderberichterstatte Giorgio Gaja (Fn. 143), Rn. 40.

<sup>158</sup> EGMR, *Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen* (Fn. 89), Rn. 134; EGMR, *Beric v. Bosnien-Herzegowina* (Fn. 109), Rn. 28.

<sup>159</sup> EGMR, *Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen* (Fn. 89), Rn. 43.

<sup>160</sup> Kritisch *Knoll* (Fn. 86), S. 443.

<sup>161</sup> Auch in der SR-Res. 1244 (1999) zum Kosovo (Ziff. 4).

nisation an die Staaten für eine effektive Kontrolle der Organisation.<sup>162</sup> Doch auch die Prüfung, ob rechtmäßig delegiert wurde, überzeugt kaum. Nach Issa ist gerade unerheblich, ob die menschenrechtsverletzende Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig war, und diesem Grundsatz ist zuzustimmen.<sup>163</sup>

Zweifelhaft ist ferner, ob – wie der EGMR annimmt – Berichtspflichten (reporting) der Staaten an die Organisation für eine Kontrolle der letzteren sprechen. Wie Lord Bingham in *Al-Jedda* treffend formulierte: „Es ist eine Sache, Berichte entgegenzunehmen, und eine andere Sache, effektives Kommando und Kontrolle innezuhaben“.<sup>164</sup>

Im Ergebnis erfordern vor allem internationale Militäreinsätze einschließlich der Peacekeeping-Operationen (nach Kap. VI und/oder VII UN-Charta), die ein Hilfsorgan der Vereinten Nationen sind (Artikel 29 UN-Charta), sowie hybride Missionen und Einsätze unter nationaler Führung, eine Einzelfallbeurteilung anhand der oben genannten Indizien. Die Indizien sollten allesamt primär faktischer und weniger juridischer Natur (wie etwa die Rechtmäßigkeit einer Delegation, Berichtspflichten u.ä.) sein (obwohl beide Sphären nicht messerscharf trennbar sind), denn die effektive Kontrolle und die Jurisdiktion im Sinne von Artikel 1 EMRK beziehen sich prinzipiell auf Fakten, nicht auf Rechtsverhältnisse. Es kommt also an dieser Stelle auf die Effektivität, nicht auf die Legalität potentiell grundrechtsbeeinträchtigender Maßnahmen an. Dennoch wird es auch anhand dieser Leitschnur keine klare Zurechnung aller Handlungen von Truppen im Rahmen einer international geführten Operation gänzlich zu der Organisation oder ganz den truppenstellenden Staaten geben.<sup>165</sup> Grauzonen bleiben bestehen. Hier könnte die Einsicht, dass gerade die örtlichen und ganz konkreten Aktivitäten, die am wahrscheinlichsten Menschenrechte betreffen, letztlich dem nationalen (Einzel-)befehl unterstehen, eine Vermutung der Verantwortung der Staaten begründen, die nur aufgrund spezieller gegenteiliger Anhaltspunkte widerlegt werden kann.<sup>166</sup>

<sup>162</sup> EGMR, *Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen* (Fn. 89), Rn. 132.

<sup>163</sup> EGMR, *Issa u.a. v. Türkei* (Fn. 11) Rn. 71; siehe auch *Knoll* (Fn. 86), S. 445.

<sup>164</sup> Lord Bingham in *Al-Jedda* (Fn. 112), Rn. 24 (Übersetzung der Verf.).

<sup>165</sup> In diesem Sinne zu NATO-Einsätzen die European Commission for Democracy through Law („Venedig-Kommission“), *Opinion on Human Rights in Kosovo: Possible Establishment of Review Mechanisms* (No. 280/2004, CDL-AD (2004) 033), Rn. 79.

<sup>166</sup> *Dagmar Richter*, *Humanitarian Law and Human Rights: Intersecting Circles or Separate Spheres?*, in *Thomas Giegerich* (Hrsg.), *A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference*, 2009, S. 257–322 (S. 284).



*η) Effektive Kontrolle von Konventionsstaaten  
im Fall Behrami/Saramati*

Anhand des Maßstabes der effektiven Kontrolle hätte die Behrami/Saramati-Entscheidung anders ausfallen müssen. Vor der Unabhängigkeit Kosovos übte Serbien wegen der internationalen Präsenz im Kosovo keine „Hoheitsgewalt“ in Sinne von Artikel 1 EMRK in diesem Gebiet aus.<sup>167</sup> Die UN-Sicherheitsratsresolution 1244 (1999) sah in Annex 2, Ziff. 4 vor, dass die internationale Sicherheitspräsenz unter eine „unified command and control“ gestellt wird.<sup>168</sup> Im Rahmen der KFOR übertrugen die truppenstellenden Staaten nur die begrenzte „operational control“ oder „operational command“ auf die NATO. Daraus folgt, dass die NATO kein volles und exklusives Kommando innehatte, was dem Normalfall der NATO-Operationen entspricht. Die NATO-Befehlshaber durften auf dieser Grundlage operationelle Befehle geben, die aber von den Befehlshabern der nationalen Einheiten aufgrund ihrer eigenen nationalen Kommandogewalt umgesetzt werden mussten. Das heißt, die NATO-Befehlshaber hatten prinzipiell nicht das Recht einzelnen Soldaten Befehle zu erteilen.<sup>169</sup> Die truppenstellenden Staaten konnten die Truppen jederzeit zurückziehen, was zur Gewährleistung der politischen und demokratischen Kontrolle über Truppeneinsätze üblich ist. Ferner behielten die Entsendestaaten noch die Disziplinar- und Strafgewalt über die Soldaten. Und schließlich genossen KFOR und UNMIK Immunität und waren nach UNMIK Regulation 2000/47 nur ihrer Heimatgerichtsbarkeit unterworfen.<sup>170</sup> Aus allen diesen Gründen lag im Kosovo vor der Unabhängigkeit keine effektive Kontrolle des Sicherheitsrates im Sinne des Rechts der internationalen Verantwortung vor,<sup>171</sup> und möglicherweise noch nicht einmal „Letztverantwortung“.<sup>172</sup>

<sup>167</sup> Venedig-Kommission (Fn. 165), Rn. 77. Siehe grundlegend zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit bei internationaler Territorialverwaltung *Mariano Aznar Gomez, La administración internacionalizada del territorio*, 2008, S. 302–334.

<sup>168</sup> „The international security presence with substantial North Atlantic Treaty Organization participation must be deployed under unified command and control and authorized to establish a safe environment for all people in Kosovo and to facilitate the safe return to their homes of all displaced persons and refugees.“ (UN-Dokument S/RES/1244 (1999)).

<sup>169</sup> Venedig-Kommission (Fn. 165), Rn. 14.

<sup>170</sup> Art. 2 (4) und Art. 3(3) UNMIK Regulation Nr. 2000/47 vom 18. August 2000 (UNMIK/REG/2000/47).

<sup>171</sup> ILC-Sonderberichterstatter Giorgio Gaja (Fn. 143), Rn. 26; *Mujezinovic Larsen* (Fn. 142), S. 526.

<sup>172</sup> Siehe die eingehend und gut begründete Grundsatzkritik von *Knoll* (Fn. 86). Zur fehlenden „ultimativen Kontrolle“ des UN-SR im Kosovo *ibid.*, S. 443. Vor Behrami ebenfalls für eine Zurechnung von Maßnahmen der KFOR zu Deutschland mit guten Argumenten *Heike Krieger, Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz*, ZaöRV 62 (2002), S. 669–702 (S. 677–683).

c) *Die Maßgeblichkeit des espace juridique der EMRK*

a) *Territorium als Leitkategorie in der Rechtsprechung*

Nach Auffassung des EGMR spielt die Extraterritorialität auch bei der Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen eine entscheidende Rolle. Wenn eine Maßnahme im Zusammenwirken mit oder von Seiten einer internationalen Organisation innerhalb des Territoriums des involvierten Konventionsstaates vorgenommen wird, ist diese nach dem Matthews-Prinzip selbst bei effektiver Kontrolle der Organisation dennoch dem Konventionsstaat zuzuordnen, weil sich dieser auf seinem Gebiet nicht seiner Verantwortung entziehen darf. Dies folgt auch aus der expliziten Ablehnung der Anwendung des Bosphorus-Ansatzes im Fall Behrami/Saramati durch den EGMR.<sup>173</sup> Der Gerichtshof rechtfertigte diese Distinktion unter Verweis auf das Staatsgebiet und die unmittelbar handelnden Akteure. In Bosphorus wurde die potentiell grundrechtsbedrohende Maßnahme, nämlich die Beschlagnahme, im Territorium des EMRK-Staates getroffen (in Irland). Demgegenüber wurden in Behrami/Saramati die problematischen Maßnahmen außerhalb des Staatsgebietes der beklagten Staaten ergriffen. Soweit allerdings der EGMR anführte, dass in Bosphorus ein Staatsorgan auf Anweisung des staatlichen Ministers handelte, wohingegen in Behrami/Saramati die Akte der KFOR und UNMIK nicht dem Konventionsstaat zuzurechnen waren, ist dies jedoch eine *petitio principii*, denn wem die Akte der KFOR und UNMIK zuzurechnen waren, war ja gerade die Frage. Leitunterscheidung war also der Ort des Geschehens. Das heißt nach der Rechtsprechung, dass die effektive Kontrolle einer internationalen oder supranationalen Organisation über potentiell grundrechtsbeeinträchtigende Aktivitäten die Verantwortung des Konventionsstaates nur dann ausschließt, wenn die Handlungen extraterritorial stattfinden. Die noch in Loizidou und Banković anklingende Unterscheidung danach, ob eine Maßnahme gänzlich außerhalb des „Konventionsgebiets“ (*espace juridique* der EMRK) stattfand, scheint demgegenüber in der neuesten Rechtsprechung keine Rolle mehr zu spielen, was zu bedauern ist.

β) *Vom staatlichem Territorium zum Konventionsgebiet*

Es fragt sich, ob die unterschiedliche Beurteilung von innerstaatlichen und extraterritorialen Fällen einerseits und die Vernachlässigung des *espace juridique* der EMRK andererseits in der Rechtsprechung des EGMR überzeugend ist. Im Zeitalter der Globalisierung und der damit einhergehenden Relativierung territorialer Grenzen erscheint es wenig sachgemäß, die

<sup>173</sup> EGMR, Behrami und Saramati v. Frankreich und Norwegen (Fn. 89), Rn. 151.

Verantwortung von EMRK-Vertragsstaaten untereinander anhand des Orts des konkreten Geschehens zu verteilen.

Innerhalb des Konventionsgebietes sollte vielmehr die Vermutung gelten, dass die EMRK anwendbar ist, und dass Staaten das Handeln ihrer eigenen Organe (auch wenn dies im EMRK-Ausland geschieht) zugerechnet wird.<sup>174</sup> Diese Vermutung kann sogenannte legal black holes, also Rechtlosigkeit innerhalb des Konventionsgebiets verhindern.

Demgegenüber ist die Unterscheidung danach, ob sich eine Maßnahme innerhalb oder gänzlich außerhalb des Konventionsgebiets abspielt (also z.B. im Irak) eher vertretbar,<sup>175</sup> zumal im Verhältnis zum Nicht-EMRK-Ausland zusätzlich der allgemeine Grundsatz gilt, dass ein Gericht kein Urteil fällen darf, das die völkerrechtliche Verantwortung eines Drittstaates impliziert, ohne dass sich dieser der Gerichtsbarkeit unterworfen hätte (Monetary Gold-Prinzip).<sup>176</sup>

Die zentrale Bedeutung des *espace juridique* der EMRK für die Anwendung der Konventionsgarantien betonte auch das House of Lords in *Al-Skeini* (2007).<sup>177</sup> Hier hatten die Lordrichter über die Anwendbarkeit des britischen Human Rights Act, und damit als Vorfrage über die Anwendbarkeit der EMRK im Irak zu entscheiden. Zugrunde lag eine Klage der Angehörigen von sechs irakischen Zivilisten, die im südirakischen Basra von britischen Soldaten getötet wurden. Der britische Verteidigungsminister hatte die Anordnung einer unabhängigen Untersuchung über die Todesumstände abgelehnt. Die Lordrichter kamen zum Schluss, dass die britischen Militärs im Irak prinzipiell nicht an die EMRK gebunden seien.<sup>178</sup> Die Richter stützten sich vor allem auf die *Banković*-Entscheidung des EGMR und lehnten es ab, das spätere *Issa*-Urteil als Präjudiz anzuerkennen.

Lord Brown of Eaton-under-Heywood wies darauf hin, dass eine Besatzungsmacht nach der Haager Landkriegsordnung verpflichtet ist, die geltenden Gesetze des besetzten Staates zu beachten (Artikel 43 Haager

<sup>174</sup> Vgl. für die universelle Ebene *Theodor Meron*, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, *American Journal of International Law* 89 (1995), S. 78–82 (S. 81).

<sup>175</sup> Für eine prinzipiell unterschiedliche Bewertung von Maßnahmen innerhalb und außerhalb des europäischen *espace juridique* auch *Richter* (Fn. 166), S. 279 und 281.

<sup>176</sup> Vgl. IGH, *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943* (preliminary question) (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America), ICJ Reports 1954, 19, 33: „Where, ... the vital issue to be settled concerns the international responsibility of a third State, the Court cannot, without the consent of that third State, give a decision on that issue binding upon any State, either the third State, or any of the parties before it.“ Im *Monetary Gold*-Fall hätte ein Urteil des IGH in einem Rechtsstreit zwischen Italien und drei anderen Staaten als Vorfrage die Feststellung der völkerrechtlichen Verantwortung Albaniens für die Entfernung von Gold aus Italien impliziert. Weil Albanien sich nicht der Gerichtsbarkeit des IGH unterworfen hatte, lehnte der IGH seine Zuständigkeit zur Entscheidung des Streites ab.

<sup>177</sup> *House of Lords, Al-Skeini v. Secretary of State for Defence* (Fn. 65).

<sup>178</sup> Siehe zur Ausnahme für potentielle Misshandlungen und Tötungen innerhalb eines britischen Militärgefängnisses im Irak oben Text mit Fn. 65.

Landkriegsordnung<sup>179</sup>). Die Durchsetzung der EMRK im Irak würde jedoch eine Missachtung der geltenden Gesetze, z.B. gewisser Vorschriften der Scharia, implizieren.<sup>180</sup> Vor allem Lord Earslferry stützte sich auf den Charakter der EMRK als regionales Instrument und lehnte jeglichen „Menschenrechtsimperialismus“ ab. Die EMRK würde unter Beachtung der vorherrschenden gesellschaftlichen Auffassungen in den Vertragsstaaten ausgelegt, beispielsweise in Fragen der Todesstrafe, Frauendiskriminierung oder Homosexualität. Es sei „offensichtlich absurd“, die Konventionsrechte in der „völlig anderen Gesellschaft des südlichen Irak“ durchzusetzen.<sup>181</sup>

Dem Vorwurf des regionalen Menschenrechtsimperialismus ist folgendes entgegenzuhalten. Zwar hat das etablierte und allgemein bekannte Grundprinzip der Territorialität der Gesetze zur Folge, dass jedermann von der Geltung der Spielregeln am Ort ausgehen muss („When in Rome, do as the Romans do“). Es gibt im Allgemeinen keine schutzwürdige Erwartung dahingehend, dass beispielsweise im Irak die EMRK gilt. Jedoch könnte die Präsenz britischer Soldaten vor Ort sehr wohl bei einigen Personen diese Erwartungshaltung aufkommen lassen, und dieser kann man nicht von vornherein jede Schutzwürdigkeit absprechen.

Deshalb sollte selbst bei Auslandseinsätzen außerhalb des EMRK-Gebiets die Anwendbarkeit der EMRK nicht a limine ausgeschlossen werden.<sup>182</sup> Dies ist umso wichtiger, als die übliche Immunität von Soldaten und Sicherheitskräften in internationalen Missionen vor der Gerichtsbarkeit des Standortstaates eine Schutzlücke schafft. Zwar sind die unmittelbar handelnden Personen prinzipiell an das Ortsrecht gebunden. Dies nützt jedoch dem Opfer nichts, wenn wegen der Immunität kein Gericht zur Verfügung steht.

Selbst wenn außerhalb des *espace juridique* der EMRK eine Vermutung gegen ihre Anwendbarkeit spricht, so kann diese doch widerlegt werden. Sinnvoller scheint auch hier eine materiellrechtliche Auseinandersetzung mit dem möglichen Gewährleistungsumfang der Konventionsrechte.

<sup>179</sup> HLKO (Fn. 150).

<sup>180</sup> *Ibid.*, Rn. 129 (Lord Brown of Eaton-under-Heywood).

<sup>181</sup> *Ibid.*, Rn. 78 (Lord Earslferry).

<sup>182</sup> Siehe für die prinzipielle Anwendbarkeit der EMRK auch außerhalb des Konventionsgebiets von Arnauld (Fn. 10), S. 64.

### III. Alternativer Ansatz: Das Prinzip der Grundrechtstoleranz

#### 1. Lösung auf der materiellrechtlichen Ebene

Ange­si­cht sei­ner Über­lastung ist es ver­ständ­lich, dass der EGMR die Fäl­le kom­plexer Hoheits­rechts­aus­übung bis­her auf der Zuläs­sig­keits­e­bene ent­schieden hat. Der EGMR hat ge­nug da­mit zu tun, die di­rekt von Ver­trags­staaten in ih­rem Staats­ge­biet be­gan­ge­nen Men­schen­rechts­ver­let­zun­gen zu ahn­den.

Aus dog­ma­tischer Sicht ist je­doch die Ju­ris­dik­tion im Sin­ne von Ar­ti­kel 1 EMRK ge­rade kein Zuläs­sig­keits­as­pekt. Es han­delt sich, wie der sys­te­ma­tische Stand­ort der Vor­sch­rift des Ar­ti­kel 1 zeigt, letz­tlich um eine ma­te­riell­recht­liche Fra­ge. Der Schluss von man­gelnder Ju­ris­dik­tion auf In­kom­pa­ti­bi­li­tät *ratione personae* ist nicht zwin­gend.

Auch spre­chen wei­tere all­ge­meine Er­wä­gun­gen prin­zi­piell für das Ein­tre­ten des Ge­richtshofs in Fäl­le kom­plexer Hoheits­rechts­aus­übung. Er­stens steht die Glaub­wür­dig­keit des EMRK-Sys­tems als Ver­fas­sungs­in­stru­ment des eu­ro­päi­schen *ordre public* auf dem Spiel. Zwei­tens sol­ten Wer­tungs­widersprüche in Bezug auf Ver­hal­ten von Staats­or­ga­nen im In­ne­ren des eu­ro­päi­schen Rechts­raumes und au­ßer­halb des­sel­ben ver­mie­den wer­den, zumal der Raum als Ka­te­go­rie im Zei­tal­ter der Glo­ba­li­sie­rung an Be­deu­tung ver­lo­ren hat.

Zu den­ken ist des­halb an eine Lö­sun­g der (in ei­ni­gen Fäl­len ver­schränk­ten) An­wen­d­bar­keits- und Zu­rech­nungs­fra­ge auf der ma­te­riell­recht­lichen E­bene, weil hier dif­fe­ren­ziert ab­ge­wo­gen wer­den kann. Die­ser An­satz wür­de im­pli­zie­ren, dass der EGMR die Zuläs­sig­keit der Be­schwerde be­ja­hen und so­dann auf der ma­te­riell­recht­lichen E­bene prü­fen müsste. In­ner­halb der ma­te­riellen Prü­fung wä­ren dann drei Fra­gen zu un­ter­schei­den: Die erste Fra­ge ist die­jenige der (all­ge­meinen) An­wen­d­bar­keit der EMRK. Hier wä­re, wie dar­ge­legt, je­den­falls in­ner­halb des *espace juridique* der Kon­ven­tion die An­wen­d­bar­keit der EMRK und die Zu­rech­nung zum Staat, des­sen Or­gan ge­han­delt hat (auch im Aus­land), zu ver­mu­ten.<sup>183</sup> Die zweite Fra­ge ist, ob der Schutz­be­reich ei­nes EMRK-Grund­rechts er­öff­net ist. Drei­tens muss nach der Ein­schränk­bar­keit des be­trof­fe­nen Grund­rechts ge­fragt wer­den.

Der dog­ma­tische Vor­teil die­ses Vor­ge­hens liegt da­rin, dass keine Al­les-oder-Nichts-Ent­sch­ei­dung ge­fällt wer­den muss (Ein­tre­ten auf eine Be­schwerde oder nicht), son­dern eine dif­fe­ren­zierte und gra­duelle Lö­sun­g mög­lich wä­re, in der so­wohl die Reich­weite der Grund­rechts­bin­dung als auch die kon­krete Aus­ge­stal­tung der Ver­pflich­tun­gen va­ri­ie­ren könn­te, wie noch nä­her aus­zu­füh­ren ist. Eine dif­fe­ren­zierte Lö­sun­g er­scheint um­so an-

<sup>183</sup> Siehe oben Text mit Fn. 174.

gemessener, als die Effektivität der staatlichen Kontrolle in einem Fall komplexer Hoheitsrechtsausübung immer relativ ist. Es geht also nicht darum, ob überhaupt Kontrolle vorliegt, sondern um das Maß, und zwar immer im Verhältnis zu einem oder mehreren anderen Hoheitsträgern.

## 2. Äquivalenzvermutung bei Grundrechtskonkurrenzen

Die Situationen komplexer Hoheitsrechtsausübung sind dadurch gekennzeichnet, dass sich verschiedene Menschenrechtsregime (nationale, europäische und universelle) überlappen. Das im Verhältnis zur EMRK fremde Regime kann das eines Staates oder einer internationalen Organisation sein. Es geht hierbei nicht um eine Normenkollision, sondern um eine Normenkonkurrenz, denn die Menschen- oder Grundrechtsbindungen (auf der Basis der EMRK, des Rechts des Entsendestaates der Akteure oder des Territorialstaates) zielen alle in dieselbe Richtung.

### a) Von Solange bis Hape

Ein Ansatz zur praktischen Bewältigung der Doppelfrage, welcher der konkurrierenden Menschenrechts- bzw. Grundrechtsstandards bei komplexer Hoheitsrechtsausübung anwendbar und welche der konkurrierenden Überprüfungsinstanzen zuständig sein soll, bietet der Solange II-Ansatz des deutschen Bundesverfassungsgerichts<sup>184</sup> bzw. der im Abschnitt II.2.a) geschilderte Bosphorus-Ansatz des EGMR.<sup>185</sup>

In Anlehnung an Solange II hatte der Straßburger Gerichtshof in Bosphorus ausgeführt: „So lange wie die betreffende Organisation Grundrechte schützt“,<sup>186</sup> und zwar dergestalt, dass sowohl die materiellen Garantien als auch die prozeduralen Schutzmechanismen dem Standard der EMRK äquivalent sind, ist Handeln eines Konventionsstaates in Erfüllung von Verpflichtungen, die sich aus der Mitgliedschaft in einer anderen Organisation (hier der EU), ergeben, gerechtfertigt. Es wird in diesem Fall angenommen, dass die menschenrechtlichen Anforderungen der EMRK erfüllt sind und somit der Konventionsstaat keine EMRK-Verletzung begeht. Der EGMR verzichtete auf eine Überprüfung im Einzelfall, erklärte

<sup>184</sup> BVerfGE 73, 339 (387) – Solange II (1986). Im Bananenmarktbeschluss von 2000 bestätigte das Bundesverfassungsgericht, dass es keine Zuständigkeit für jeden Einzelfall einer behaupteten Grundrechtsverletzung durch die EU beansprucht, sondern nur dann, wenn die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs generell „unter den erforderlichen Grundrechtsstandard“ absinken würde. Hierfür müsste der Beschwerdeführer darlegen, „dass der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist.“ (BVerfGE 102, 147 ff, 163 f. (2000)).

<sup>185</sup> Dafür von Arnald (Fn. 10), S. 76–77.

<sup>186</sup> EGMR, Bosphorus v. Irland (Fn. 79), Rn. 155.

sich jedoch (anders als das Bundesverfassungsgericht in Solange II) nicht für unzuständig.

Dieser Ansatz geht davon aus, dass jedes der überlappenden Rechtsregime prinzipiell seine eigenen Grund- bzw. Menschenrechtsstandards respektieren und implementieren soll, und dass sich die Schutzinstanzen anderer, überlappender Regime nur im Extremfall einmischen dürfen. Diesem Ausgangspunkt liegt wiederum die Prämisse zugrunde, dass es unschädlich ist, wenn diese Standards im Einzelnen divergieren, solange sie in wesentlichen Punkten vergleichbar mit denjenigen der konkurrierenden Regimes sind.<sup>187</sup> Vergleichbar oder äquivalent müssen nicht nur das Schutzniveau der materiellen Garantien, sondern auch die prozeduralen Überprüfungsmöglichkeiten sein. Sofern die Mindestvoraussetzung erfüllt ist, wird grundsätzlich akzeptiert, dass das Grundrechtsregime des jeweils anderen Regimes, welches entweder wegen seines Territoriums und/oder seiner effektiver Kontrolle sachnäher ist, maßgeblich ist.

Speziell in Bezug auf die Europäische Union haben sowohl das deutsche Bundesverfassungsgericht als auch der EGMR die Vermutung aufgestellt, dass das materielle und prozedurale Schutzniveau in der EU die Mindestbedingungen erfüllt, und zwar aus deutscher und aus EMRK-Sicht. Das Bundesverfassungsgericht und der Straßburger Gerichtshof sehen die EU-Grundrechte und die Rechtsschutzmöglichkeiten durch die EU-Gerichte als dem deutschen bzw. dem EMRK-Schutzsystem prinzipiell äquivalent an.

Eine ähnliche Äquivalenz-Vermutung wurde kürzlich auch vom kanadischen Supreme Court aufgestellt. Im Fall *R. v. Hape* lehnte der Oberste Gerichtshof die extraterritoriale Anwendung von Artikel 8 der kanadischen Grundrechtscharta (Verbot der unverhältnismäßigen Durchsuchungen und Beschlagnahmen) auf kanadische Untersuchungshandlungen gegen mutmaßliche Geldwäscher auf den Turks und Kaikosinseln ab.<sup>188</sup> Für drei Richter begründete Richter Bastarache dies im Solange II/Bosphorus-Stil: Die Erfordernisse der effektiven Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität und des Respekts fremdstaatlicher Souveränität erlauben die Abweichungen von kanadischen Verfahrensgrundrechten, aber nur bis zu einem gewissen Punkt. Kanadische Amtsträger müssen prüfen, inwieweit die vom Ausland gewährten Verfahrensgarantien den kanadischen Grundrechtsgewährleistungen entsprechen. Geringe Unterschiede im Schutzniveau sind im Interesse der beiden oben genannten Gemeinwohlziele hinzunehmen. Dabei wird vermutet, dass der Grundrechtsschutz durch das Ortsrecht auch aus Sicht der kanadischen Grundrechtscharta ausreichend

<sup>187</sup> Vgl. in diesem Sinne auch die Vorschrift des Art. 23 Abs. 1 GG, die (nur) einen „dem Grundgesetz im wesentlich vergleichbaren Grundrechtsschutz“ fordert.

<sup>188</sup> Kanadischer Supreme Court, *R. v. Hape*, Urteil vom 7. Juni 2007, 2007 SCC 26. Auffindbar über <http://scc.lexcum.unmontreal.ca>.

ist. Betroffene Grundrechtsträger müssen darlegen, dass eine Abweichung vorliegt. In diesem Fall geht die Darlegungslast auf die Regierung über, die zeigen muss, dass ihr Vorgehen unter Grundrechtsgesichtspunkten rechtfertigbar ist. Die kanadischen Gerichte dürfen im Fall von Auslandshandeln mit einer widerleglichen Vermutung der Grundrechtskonformität nach kanadischen Standards arbeiten. Solange nicht gezeigt wird, dass lokale Regeln oder Verfahren „substantially inconsistent with the fundamental principles emanating from the Charter“ seien, ist die kanadische Grundrechtscharta nicht verletzt. Der entscheidende Vorteil dieses Ansatzes ist, dass hierdurch die Notwendigkeit der kanadischen Beteiligung an transnationaler Zusammenarbeit und des Grundrechtsschutzes zu einem praktischen Ausgleich gebracht werden.<sup>189</sup>

#### *b) Verallgemeinerung*

Die drei genannten Gerichte, das Bundesverfassungsgericht, der EGMR und der kanadische Supreme Court haben die widerlegliche Konformitätsvermutung in Bezug auf jeweils verschiedene Grundrechtsregimekonkurrenzen aufgestellt: für Rechtsakte der EU, bei staatlichen Maßnahmen in Ausführung von EU-Recht und bei Staatshandeln im Ausland. Ein wichtiger Punkt ist, dass der SolangeII/Bosphorus-Ansatz nicht zwingend zur Unzuständigkeit der fremden Grundrechtsschutzinstanz führen muss. Insbesondere der kanadische Supreme Court brachte die Vermutung nur auf materiellrechtlicher Ebene an und stellte die Zuständigkeit der kanadischen Justiz zur Überprüfung der Grundrechtskonformität des Auslandshandelns kanadischer Amtsträger nicht in Frage, und auch der EGMR prüfte in Bosphorus die Anwendbarkeit der EMRK im Rahmen des materiellen Entscheidungsteils.

In Verallgemeinerung dieses Ansatzes ist folgendes Vorgehen denkbar: Erstens sollte der EGMR auf Fälle der komplexen Hoheitsgewalt prinzipiell eintreten (Solange I-Ansatz). Zweitens ist die EMRK-Äquivalenz des Grundrechtsschutzes des fremden Regimes zu vermuten (Bosphorus-Ansatz, siehe auch Hape). Drittens können die Beschwerdeführer im Einzelfall Schutzdefizite aufzeigen und tragen dafür die Darlegungs- und Beweislast. Falls ihnen die plausible dahingehende Behauptung gelingt, muss der beklagte Staat zeigen, dass der vom anderen Regime gewährte Grundrechtsschutz ausreicht. An dieser Stelle dürfte der Straßburger Gerichtshof, wie das House of Lords im Fall Al-Jedda, Qualifikationen der Konventionsrechte vornehmen. Aufgrund einer Beurteilung diverser Faktoren können sowohl der Schutzbereich eines Grundrechts reduziert als auch die Rechtfertigungsmöglichkeiten erweitert werden. Einer der zentralen Fak-

<sup>189</sup> *Ibid.*, Bastarache, Abella and Rothenstein, JJ, Rn. 173–74.



toren ist die Effektivität der Hoheitsgewalt des beklagten Staates im Verhältnis zu fremden Regimen (eines Drittstaates oder einer Organisation).

Diese Methodik wäre somit grundrechtsliberal oder -tolerant im Gegensatz zu grundrechtsfundamentalistisch. Es würde ein System der gegenseitigen Anerkennung von Grundrechtsregimen implementieren. Bei gegenseitiger Anerkennung gilt, dass in materiellrechtlicher Hinsicht die Grundrechtsstandards des jeweils effektiveren Regimes anwendbar sind, und dass prinzipiell die Kontrollinstanzen dieses Regimes die primäre Zuständigkeit zur Durchsetzung des Grundrechtsschutzes innehaben.

Wichtig ist jedoch die Einsicht, dass das aus dem Binnenmarkt bekannte und anerkannte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung nicht *tel quel* auf den Grundrechtsbereich übertragen werden kann. Denn im Fall der Grundrechtskonkurrenzen geht es, genau umgekehrt wie im Binnenmarkt, nicht um eine Ermöglichung der (ökonomischen) Freiheit durch Entgrenzung dieser Freiheit (in Form von Mobilität der Produktionsfaktoren), sondern um die Einschränkung von Freiheiten. Deshalb sollte ein Prinzip der gegenseitigen Anerkennung des fremden Grundrechtsregimes nur eingeführt werden, wenn in jenem Regime auch die rechtsstaatlichen Mindeststandards eingehalten sind.<sup>190</sup> Diese könnten theoretisch top-down durch Harmonisierung etabliert werden. Beispielsweise könnte auf UN-Ebene eine unabhängige Instanz eingerichtet werden, welche die gezielten Sanktionen des Sicherheitsrates, die wirtschaftliche und soziale Rechte der betroffenen Individuen tangieren, auf ihre Konformität mit den Standards der universalen Menschenrechtserklärung hin überprüft. Eine solche gezielte Mindestharmonisierung, insbesondere der Schutzverfahren, hat sich jedoch bisher meist als politisch schwer durchsetzbar erwiesen. Ein Substitut könnte die bottom-up Entwicklung eines Mindeststandards sein, insbesondere aufgrund richterlichen Drucks. Deshalb ist es entscheidend, dass das jeweils regimefernere Gericht (in der Perspektive dieses Beitrages der EGMR), eine Notbremse im konkreten Einzelfall ziehen kann für den Fall, dass der Grundrechtsschutz im Einzelfall zu niedrig, in den Worten der Bosphorus-Entscheidung „manifest defizitär“,<sup>191</sup> wäre.

Den heilsamen (Anpassungs-)Druck auf das jeweils fremde Regime aber können politische Akteure (einschließlich der Gerichte) nur mit einem Solange I-Ansatz<sup>192</sup> ausüben. Mit dem Solange II-Ansatz wird demgegenüber dann kein Druck aufgebaut, wenn mit der Vermutung der Grundrechtsäquivalenz gleichzeitig prinzipiell auf eine gerichtliche Überprüfungszuständigkeit verzichtet wird. Diese Kopplung ist aber nicht zwingend, wie der Ansatz des kanadischen Supreme Court in Hape zeigt.

<sup>190</sup> Markus Möstl, *Rechtsgrundlagen und Rechtsbestand der Europäischen Sicherheitspolitik im Europarecht*, Europarecht: Beiheft (2009), S. 3 ff., Abschnitt 6.

<sup>191</sup> EGMR, *Bosphorus v. Irland* (Fn. 79), Rn. 156.

<sup>192</sup> BVerfGE 37, 271, Leitsatz (1974).

Dementsprechend sollte der EGMR so lange seine eigene Zuständigkeit bejahen und eine potentiell grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahme eines Hoheitsträgers in einer Überlappungssituation (extraterritoriales Handeln, Involvierung einer Organisation) am Maßstab des eigenen Regimes messen, bis das fremde Regime gewissen Mindeststandards genügt.

*c) Anwendung des Prinzips der Grundrechtstoleranz auf das Grundrechtsregime der Vereinten Nationen*

Eine Anwendung des Prinzips der Grundrechtstoleranz auf grundrechtsbeeinträchtigende und damit potentiell EMRK-verletzende Maßnahmen der Vereinten Nationen ergibt folgendes: In materiellrechtlicher Hinsicht ist der Grundrechtsschutz angemessen. Die Vereinten Nationen, ihre Organe und Hilfsorgane sind prinzipiell an internationale Menschenrechte sowie an das humanitäre Völkerrecht gebunden. Die dogmatische Begründung dieser Bindung ist, weil die Vereinten Nationen nicht formale Vertragspartei der Menschenrechtspakte sind, kompliziert, aber nicht unmöglich. Ein zentrales Argument ist, dass die Vereinten Nationen unter dem Gesichtspunkt des estoppel-Verbots ihre eigenen Ziele und Grundsätze beachten müssen, wozu auch der Menschenrechtsschutz gehört (Artikel 1(3) und Artikel 55 lit. c) UN Charta). Die Menschenrechtspakte sind ferner für die Auslegung der UN-Charta beachtlich (Grundsatz der systemischen Interpretation nach Artikel 31 Abs. 3 lit. c) WVK). Außerdem sind die Vereinten Nationen als Völkerrechtssubjekt prinzipiell an Völkergewohnheitsrecht gebunden, wozu weite Teile der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts gehören. Schließlich gelten teilweise strengere Menschenrechtsstandards kraft besonderer Vereinbarung oder Verweisung.

Das entscheidende Problem der Äquivalenz zur EMRK in Bezug auf den Respekt von Menschenrechten durch die Vereinten Nationen liegt also weniger im materiellen Standard als in den prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten. Dies ist in jüngerer Zeit besonders deutlich für die gezielten Sanktionen geworden. Zwar wurde beim UN-Sekretariat eine Anlaufstelle (focal point) eingerichtet. Diese nimmt Anträge von Einzelpersonen, die Adressat gezielter Sanktionen sind, auf Streichung von der Liste und auf Gewährung humanitärer Ausnahmen entgegen.<sup>193</sup> Der focal point wurde etabliert, nachdem der Weltgipfel von 2005 den Sicherheitsrat aufgefordert hatte zu gewährleisten, dass „faire und klare Verfahren existieren um Individuen und Einheiten auf die Sanktionenlisten zu setzen und um sie davon

<sup>193</sup> Eingerichtet mit SR-Res. 1730 (2006). Siehe beispielsweise die Richtlinien des 1267-Sanktionenkomitees, in der Fassung vom 9. Dezember 2008, Rn. 7 lit. g) zum „focal point“.

zu streichen, und für die Gewährung humanitärer Ausnahmen.<sup>194</sup> Der focal point erlaubt es den mit Sanktionen belegten Einzelpersonen, deren Namen auf einer momentan 73 Seiten langen Liste figurieren, die im Internet veröffentlicht ist,<sup>195</sup> selbst als Petenten zu agieren und die Streichung zu beantragen, ohne auf die Gewähr diplomatischen Schutzes ihres Heimatstaates zu warten. Jedoch ist der focal point kaum mehr als ein „aufgepeppter Briefkasten“.<sup>196</sup> Seine Rolle ist die einer Clearing-Stelle, welche die Verbindung zwischen den Regierungen der designierenden Staaten und dem Heimat- oder Wohnsitzstaat des Betroffenen herstellt, damit letzterer dann die Streichung beantragen kann oder auch nicht. Die Kompetenz zur Entscheidung über die Streichung verbleibt vollständig beim zuständigen Sanktionskomitee. Dies schließt die Befugnis der ständigen Sicherheitsratsmitglieder ein, jeden Streichungsvorschlag mit dem Veto zu blockieren. Ein solcher Mechanismus stellt keine unabhängige gerichtliche Prüfung dar. Er gewährleistet nicht die minimalen rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien.<sup>197</sup> Der Grundrechtsschutz der Adressaten gezielter Sanktionen ist somit nicht dem universellen Mindeststandard über den Zugang zu Gericht (Artikel 10 Allgemeine Menschenrechtserklärung; Artikel 14 IPBürg) adäquat, und nicht EMRK-äquivalent im Sinne des Bosphorus-Standards.

Auch beim Kosovoeinsatz von UNMIK und KFOR war ein konkurrierendes (nationales oder internationales) Menschenrechtsregime mit vergleichbaren materiellen Schutzstandards und effektiven prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten nicht verfügbar. Zwar war hier die EMRK kraft Verweis anwendbar. Die vom Sonderbeauftragten des Generalsekretärs im Rahmen der Übergangsverwaltungsmission der Vereinten Nationen im Kosovo (UNMIK)<sup>198</sup> erlassenen Regelungen über das in Kosovo anwendbare Recht sahen vor, dass alle Personen, die öffentliche Ämter innehaben oder öffentliche Aufgaben erfüllen, die internationalen Menschenrechte beachten und insbesondere auch die EMRK.<sup>199</sup> Durchsetzungsme-

<sup>194</sup> UN-GV Res. 60/1 (2005), Rn. 109.

<sup>195</sup> Siehe die 74 Seiten lange „Consolidated List established and maintained by the 1267 Committee with respect to Al-Qaida, Usama bin Laden, and the Taliban and other individuals, groups, undertakings and entities associated with them“, aktualisiert am 10. August 2009, <http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/consolidatedlist.pdf>.

<sup>196</sup> Michael Bothe, Security Council's Targeted Sanctions against Presumed Terrorists, *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), S. 541–555 (S. 547) (Übersetzung der Verf.).

<sup>197</sup> In diesem Sinne ausdrücklich die Parlamentarische Versammlung des Europarats, PA-Res. 1597 (2008), insb. Rn. 6; siehe auch PA-Res. 1824 (2008); siehe auch EuGH, Kadi u. Al Barakat (Fn. 84), Rn. 320–325. Die in UN-SR Res. 1904 (2009) vom 17. Dezember 2009, Rn. 20–27 vorgesehene Ombudsperson für das Delisting-Verfahren ist ein kleiner Fortschritt.

<sup>198</sup> United Nations Interim Administration Mission in Kosovo.

<sup>199</sup> Art. 1.3 (b) UNMIK Regulation Nr. 1999/24 vom 12. Dezember 1999 (UNMIK/REG/1999/24) und UNMIK Regulation Nr. 2000/59 vom 27. Oktober 2000 (UNMIK/REG/2000/59).

chanismen waren jedoch nicht vorhanden, zumal die Mitglieder von UNMIK und KFOR Immunität vor den lokalen Gerichten der Standortstaaten genossen.<sup>200</sup>

Damit müsste nach dem hier vorgeschlagenen Ansatz – den allerdings der EGMR im Behrami-Urteil ausdrücklich abgelehnt hat – der EGMR in Situationen der Grundrechtskonkurrenz mit den Vereinten Nationen in die materiellrechtliche Prüfung eintreten. Ob wirklich der Schutzbereich von Grundrechten eröffnet ist und ob wirklich EMRK-Grundrechte verletzt wurden, ist dann eine andere Frage. Diese sollte anhand der im Folgenden zu diskutierenden Abwägungstopoi beantwortet werden.

### *3. Differenzierung und Modifikation der Grundrechtsbindung zur Vermeidung eines undue burden der Konventionsstaaten*

In Situationen komplexer Hoheitsgewalt können die Menschenrechtsverpflichtungen abgestuft werden. Eine solche Grundrechtsmodifikation kann auf die Doktrin der *marge d'appréciation* gestützt werden. Nach dieser begründet die Anwendbarkeit der EMRK nicht ohne weiteres identische Pflichten überall. Die Rechtsprechung hat immer Rücksicht auf lokale Besonderheiten und auch auf die örtlichen gesellschaftlichen Vorstellungen genommen. Die Doktrin des Beurteilungsspielraums erlaubt auch die Absenkung der Standards außerhalb des *espace juridique* der Konvention und kann damit den Vorwurf des Menschenrechtsimperialismus entkräften.<sup>201</sup>

Eine Abwägung und damit unter Umständen eine Modifizierung der Grundrechtsbindung könnte sowohl bei der Bestimmung des Schutzbereichs eines Grundrechts als auch bei der Einschränkung stattfinden. Grundgedanke aller Modifikationen der Grundrechtsbindung wäre, dass diese nur soweit zulässig sind, wie es die internationale Kooperation erfordert.<sup>202</sup> Je nach Intensität der effektiven Kontrolle wäre im Einzelfall zu ermitteln, ob und welche Verpflichtungen des Konventionsstaates bestehen, oder ob dies eine übermäßige Belastung (*undue burden*) des Konventionsstaates darstellen würde. Anlässlich der Abwägung sollte ein *undue burden* des Konventionsstaates vermieden werden, ähnlich wie bei der Feststellung positiver Handlungs- bzw. Schutzpflichten.<sup>203</sup>

<sup>200</sup> Siehe z.B. für den Kosovo Art. 2 (4) und Art. 3(3) UNMIK Regulation Nr. 2000/47 (UNMIK/REG/2000/47).

<sup>201</sup> Ralph Wilde, Anm. zu Al-Skeini, *American Journal of International Law* 102 (2008), S. 628–634 (S. 632).

<sup>202</sup> Vgl. House of Lords, Al-Jedda (Fn. 112), Rn. 39 und 125.

<sup>203</sup> Vgl. EGMR, *Osman v. Vereinigtes Königreich*, *Beschw. Nr. 87/1997/871/1083*, Urteil vom 28. Oktober 1998. Für die Anwendbarkeit dieses Standards auch auf extraterritoriale Situationen ebenfalls *Rick Lawson*, *Life after Banković: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in: *Fons Coomans/Menno T. Kamminga* (Hrsg.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* 2004, S. 83–123 (S. 106).

Für die Beantwortung der Frage, ob die Anwendbarkeit der EMRK bzw. die Zurechnung einer menschenrechtsverletzenden Handlung zum Konventionsstaat zu einem undue burden für jenen führen würde, und für die allfällige Abstufung der Grundrechtsbindung zur Vermeidung einer Überbürdung müssen verschiedene Gesichtspunkte herangezogen werden.<sup>204</sup>

Erstens könnte die Auslandstauglichkeit eines Grundrechts und der konkret involvierten Grundrechtsdimension beachtet werden. Genau dies wurde aber vom EGMR in *Banković* abgelehnt. Nach jener Auffassung ist die in Artikel 1 EMRK statuierte Verpflichtung zur Gewähr der Konventionsrechte zwingend holistisch. Sie könne nicht „je nach den Gegebenheiten des extraterritorialen Handelns aufgeteilt und zugeschnitten werden.“<sup>205</sup> Nach dieser Auffassung müsste durch einen Konventionsstaat stets „das gesamte Paket der Rechte angewendet und gesichert werden.“<sup>206</sup> Nach dieser Sichtweise ist die EMRK auf dem Gebiet eines anderen Staates nur dann anwendbar, wenn der Konventionsstaat jedermann in diesem Gebiet alle Konventionsrechte garantieren kann.<sup>207</sup>

Diese Auffassung überzeugt nicht, weil die Konventionsrechte trennbar sind. Auch im eigenen Staatsgebiet können strukturelle oder finanzielle Hindernisse die Gewährleistung spezifischer Konventionsrechte schwieriger machen als andere, dennoch würde niemand auf den Gedanken kommen, deshalb die Geltung der EMRK ganz zu verneinen.

Im Ausland ist beispielsweise das Recht auf Leben eher anwendbar als das Recht auf Asyl. In Bezug auf die Grundrechtsdimension dürfte der status negativus leichter und problemloser auch im Ausland zu gewähren sein. Anders gewendet: Achtungspflichten können im Ausland relativ leicht erfüllt werden, positive Schutz-, Handlungs- und Bereitstellungspflichten, einschließlich Verfahrenspflichten sind schwieriger zu gewährleisten und auch konfliktträchtiger als reine Abwehrrechte. Beispielsweise können Untersuchungspflichten (nach Artikel 2 EMRK) nur von der Stelle vorgenommen werden, die auch die Straf- und Disziplinargewalt innehat.

Ein weiterer Abwägungsgesichtspunkt sind die faktischen Leistungsgrenzen des Konventionsstaates, die beachtet werden müssen. Beispielsweise müssten für die Gewährung einiger Verfahrensgarantien Institutionen vor Ort zur Verfügung stehen. So setzt ein Richtervorbehalt für Hausdurchsuchungen eine gerichtliche Infrastruktur voraus. Wenn diese vor Ort fehlt, darf dem Staat, dessen Staatsorgane die Durchsuchung vornehmen, keine grundrechtliche Pflicht zur Einschaltung eines Richters aufer-

<sup>204</sup> Siehe zum Folgenden von *Arnould* (Fn. 10), S. 71 f.

<sup>205</sup> EGMR, *Banković* (Fn. 31), Rn. 75 (Übersetzung der Verf.).

<sup>206</sup> Lord *Earlsferry* in *Al-Skeini* (Fn. 65), Rn. 79 unter Verweis auf *Banković*.

<sup>207</sup> *Ibid.*

legt werden. (Eine nachträgliche richterliche Überprüfung auch aus der Ferne dürfte jedoch möglich sein).<sup>208</sup>

Die Grenzen, welche der Staatstätigkeit durch das allgemeine Völkerrecht gesetzt werden, wirken sich auch auf dessen Grundrechtspflichtigkeit aus. Grundrechte dürfen keine staatlichen Handlungen erfordern, welche die Regelungsansprüche anderer Staaten und Regime verletzen würden. Dementsprechend ist die Situation, in der die Anwendung von Grundrechten im Ausland notwendig die Vornahme von extraterritorialen Vollstreckungshandlungen impliziert, nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen besonders problematisch. Wenn beispielsweise der bereits eben erwähnte Richtervorbehalt für Hausdurchsuchungen im Ausland maßgeblich sein soll, dann müsste hierfür eine richterliche Anordnung, also eine Art Vollzugshandlung mit Wirkungen für das Ausland, ergehen. Dies ist aus völkerrechtlicher Sicht wohl unzulässig. Die Alternativlösung, ausländische Gerichte zum Erlass der aus EMRK-Sicht notwendigen Anordnung aufzufordern, dürfte kaum praktikabel sein. Im Ergebnis ist also gerade das in der Praxis zentrale Grundrecht auf eine vorrangige richterliche Entscheidung bei Verhaftungen, Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Ausland aus mehreren rechtlichen Gründen schwer gewährleistet. Es bleibt aber bei der intraterritorialen Überprüfungsmöglichkeit durch Gerichte des Staates, dessen Organe extraterritorial gehandelt haben.<sup>209</sup>

Speziell beim Auslandseinsatz dürfen auch militärische Erfordernisse eine Rolle spielen. Die Kohärenz und Effektivität internationaler Missionen würden leiden, wenn man den im Rahmen der Mission handelnden Akteuren übermäßig strenge Grundrechtsstandards auferlegte. Gerade in Post-Konflikt-Situationen, die noch von der vorangegangenen bewaffneten Auseinandersetzung beeinflusst sind, können kaum identische Anforderungen an die Wahrung von Bewegungsfreiheit und körperlicher Integrität gestellt werden wie in normalen Friedenszeiten. Prinzipiell müssen aufgrund der Realitäten des Auslandseinsatzes und der militärischen Notwendigkeit weitergehende Grundrechtseinschränkungen gestattet sein, als im innerstaatlichen Normalfall. Aus rechtspolitischer Sicht ist wichtig, dass UN-Mitglieder nicht durch übermäßig strenge Anforderungen davon abgeschreckt werden, überhaupt an einer Mission teilzunehmen. Die staatliche Bereitschaft zur Kooperation muss langfristig erhalten werden. Diese Erwägung ist ein wichtiger Gesichtspunkt für die Interpretation der EMRK, die nach Artikel 31 Abs. 3 lit. c) WVK auch unter Berücksichtigung der Wirksamkeit von Entscheidungen im Rahmen der UN-Charta ausgelegt werden muss.<sup>210</sup>

<sup>208</sup> Vgl. den Sachverhalt, der dem Urteil Hape zugrundelag (Fn. 188).

<sup>209</sup> Siehe zur Habeas-Corpus-Prüfung durch US-amerikanische Gerichte in Bezug auf Häftlinge in Guantánamo US Supreme Court, *Boumediene v. Bush* (Fn. 19).

<sup>210</sup> *Mujezinovic Larsen* (Fn. 142), S. 529.

Teilweise wird vorgeschlagen, anstelle einer starren Menschenrechtsbindung bei extraterritorialem oder international eingebundenem Handeln eine flexible Aushandlungslösung zuzulassen. Bei Truppeneinsätzen im Ausland könnten der truppenstellende Staat und der Territorialstaat individuell vereinbaren, welche Menschenrechtsstandards gelten sollen.<sup>211</sup> Gegen eine solche Lösung ist jedoch einzuwenden, dass Menschenrechte prinzipiell unabdingbar und somit ein wenig geeignetes Aushandlungsobjekt sind. In einem derartigen Geschäft hätte außerdem der entsendende Staat regelmäßig eine übermächtige Verhandlungsmacht, was die Fairness der Verhandlungsergebnisse in Frage stellt.

Vor allem sollte die Intensität der staatlichen Kontrolle für die Art und Weise der Grundrechtsbindung eines Konventionsstaates eine Rolle spielen. Der Umfang und Inhalt der Rechtsgewährleistung sollte sich nach dem Ausmaß der staatlichen Kontrolle richten.<sup>212</sup> Bei schwacher oder nachrangiger Hoheitsgewalt könnten die primären Verhaltenspflichten aus der EMRK modifiziert werden. Wenn also ein Konventionsstaat (im Vergleich zu einem anderen Hoheitsträger) nur ein geringes Maß an Kontrolle ausübt, dann könnten seine Konventionspflichten modifiziert werden. Die Pflicht, selber keine Grundrechtsverletzung zu begehen, wandelt sich um in eine Pflicht, alle zur Verfügung stehenden diplomatischen Mittel zu ergreifen, um beim effektiven Gewalthaber (einem anderen Staat oder einer internationalen Organisation) zu erwirken, dass die Grundrechtsverletzungen beendet werden.<sup>213</sup> Gegenüber internationalen Organisationen richtet sich die staatliche Pflicht darauf, auf eine Änderung der Verfahrensorganisation in

<sup>211</sup> Vgl., allerdings mit diversen Kautelen und Differenzierungen, von *Arnauld* (Fn. 10), S. 77.

<sup>212</sup> *Lawson* (Fn. 203), S. 105 und 120. Für eine „den Umständen angepasste Verantwortlichkeit“ bei extraterritorialen Situationen auch *Magdalena Jankowska-Gilberg*, *Extraterritoriale Menschenrechte: Der Begriff der Jurisdiktion im Sinne von Art. 1 EMRK* (2008), S. 154–55.

<sup>213</sup> Übertragung des *Ilascu*-Ansatzes (Fn. 71), Rn. 333 (dort wurden modifizierte Pflichten Moldawiens gegenüber der transnistrischen Republik und Russland festgestellt). In einer frühen Entscheidung hatte die Kommission allerdings eine Pflicht zu Schutzmaßnahmen gegen extraterritoriale Konventionsverletzungen abgelehnt (*EKMR, Bertrand Russell Peace Foundation Ltd v. UK*, Beschw. Nr. 7597/76, Entsch. vom 2. Mai 1978, DR 14 (1978), S. 117–132 (S. 123–24)). Hier waren Briefe einer NGO in der Sowjetunion, also außerhalb des *espace juridique* der Konvention, beschlagnahmt worden. Die NGO rügte die Verletzung ihres Briefgeheimnisses und verlangte vom Vereinigten Königreich Schutzmaßnahmen. Die Kommission wies darauf hin, dass weder die EMRK noch das innerstaatliche Recht einer der Vertragsparteien einen Anspruch auf diplomatischen Schutz gewähre. Ein solcher Anspruch könne auch nicht aus Artikel 1 abgeleitet werden. Es reiche nicht aus, dass die Unterlassung der Schutzmaßnahmen nachteilige Auswirkungen auf das Korrespondenzgeheimnis haben kann, da die Handlung des Konventionsstaates, welche die „substantielle Basis“ der Konventionsverletzung darstellt, innerhalb der Jurisdiktion des Vertragsstaates liegen muss (was bei einer Ausweisungs- oder Auslieferungentscheidung der Fall sei). Ebenso wenig genügte es nach Auffassung der Kommission, dass lediglich das Opfer (z.B. durch körperliche Anwesenheit im Konventionsgebiet) der Jurisdiktion unterfällt.

Richtung eines wirksameren Grundrechtsschutzes durch die Organisation selbst, hinzuwirken.<sup>214</sup> Die Konventionsstaaten haften nicht für den Erfolg, sondern sie tragen lediglich eine Bemühenslast (obligation of conduct).<sup>215</sup>

Dennoch stellt sich auch bei flexibler Anwendung der EMRK die Frage eines Mindeststandards, der nicht unterschritten werden darf. Dies wäre beispielsweise bei Folter und Todesstrafe in Afghanistan der Fall.

#### IV. Fazit

Ein konsensfähiges Grundrechtskonkurrenz-Management sollte die Extreme von Behrami/Saramati einerseits und Kadi andererseits vermeiden. Während Behrami/Saramati einen europäischen Grundrechtsschutz gegenüber UN-Aktionen ablehnte, legte der EuGH in Kadi<sup>216</sup> im Gegenteil den vollen europäischen Grundrechtsmaßstab an die Verhängung gezielter Sanktionen durch die Vereinten Nationen an. Die gerichtliche Überprüfung der einschlägigen EU-Verordnungen lief de facto auf eine Überprüfung der UN-Sicherheitsratsresolutionen am Maßstab der europäischen Grundrechte hinaus.<sup>217</sup> Die Reaktion der Fachöffentlichkeit auf das Behrami-Urteil des EGMR und das Kadi-Urteil des EuGH war gleichermaßen kritisch. Der EGMR wurde ob seiner Selbstentmachtung gerügt, die zu einem Schutzdefizit führt. Dem EuGH wurde umgekehrt Grundrechtsimperialismus vorgeworfen. Nimmt man diese Reaktionen der Fachöffentlichkeit als Leitlinie für rechtspolitische Vorschläge, empfiehlt sich eine mittlere Linie, die Aussichten auf Akzeptanz hat.

Dieser Mittelweg könnte in einer graduellen Lösung bestehen, bei der in Situationen komplexer Hoheitsgewalt (im Ausland oder mit Involvierung

<sup>214</sup> Christian Walter, Grundrechtsschutz gegen Hoheitsakte internationaler Organisationen, Archiv des öffentlichen Rechts 129 (2004), S. 39–80 (S. 62).

<sup>215</sup> *Ibid.*, S. 73.

<sup>216</sup> EuGH, Kadi u. Al Barakat (Fn. 84). Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der UN-Sicherheitsrat hatte mit SR-Resolution 1267 (1999) angeordnet, dass alle UN-Mitgliedstaaten Gelder, die aus Vermögenswerten stammen, die den Taliban gehören oder unter deren Kontrolle stehen, einfrieren müssen. Der Rat nahm daraufhin noch 1999 einen gemeinsamen Standpunkt im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der EU an, mit dem er die Sicherheitsratsresolution umsetzte und erließ in der Folgezeit weitere Verordnungen. Im Jahr 2001 setzte der Sanktionenausschuss der UN unter anderem Herrn Kadi, wohnhaft in Saudi-Arabien, auf die Liste von Personen, deren Konten einzufrieren seien. Herr Kadi und andere erhoben Klage mit dem Antrag, die einschlägigen Verordnungen für nichtig zu erklären. Die Kläger machten unter anderem geltend, dass die EG-Verordnungen ihr Grundrecht auf Eigentum und ihre Verteidigungsrechte (Recht auf Information und Anhörung) verletzen.

<sup>217</sup> Daran ändert nichts, dass der formale Prüfungsgegenstand nur die europäischen Verordnungen waren, und dass das EuGH-Urteil nur das Innenrechtsverhältnis betraf und formal gesehen keine Auswirkungen auf den Vorrang des Völkerrechts aus der Außenperspektive hatte. So *ibid.*, Rn. 288.



internationaler Organisationen) grundsätzlich das fremde Grundrechtsregime als maßgeblich und ausreichend vermutet wird. Im Rahmen der materiellen Prüfung könnte jedoch bei manifesten Defiziten (wie momentan im Kontext der Vereinten Nationen) dennoch die EMRK angewendet werden, ausnahmsweise auch außerhalb des *espace juridique* der Konvention. Das bisher unscharfe Kriterium der Kontrolle sollte durchgängig als effektive Kontrolle aufgefasst werden und als zentraler Gesichtspunkt für die Ermittlung der konkreten Reichweite und Art der EMRK-Bindung fungieren.

Auf diese Weise würde die EMRK nicht exzessiv dazu eingesetzt, um alles Leiden auf dieser Welt zu lindern.<sup>218</sup> Sie würde jedoch die Flucht der Konventionsstaaten in krass grundrechtsdefizitäre Regime verhindern.

### Summary

Growing transnational integration leads to an incremental exercise of governmental functions abroad and to increasing transferrals of governmental authority to international organisations. The question arises where, for whom, and under which conditions the European Convention of Human Rights (ECHR) is applicable. This issue involves first the question of the scope of the Convention, second the problem of the attribution of potentially illegal acts to a member state of the convention, and third question of the Strasbourg Human Rights Court's jurisdiction. The starting point of reflections on scope, attribution and jurisdiction is the insight that the ECHR is a regional human rights instrument, and that some kind of coordination of multiple regimes is required in a polycentric and polyarchic world. Therefore the application of the ECHR outside the *espace juridique* of the Convention and in situations, in which international organisations are involved, should remain the exception. International legal coordination presupposes respect for foreign state sovereignty, but also respect for the autonomy of other autonomous political actors, such as the United Nations. On the other hand, a categorical non-application of the Convention in constellations of complex jurisdiction would run counter to the idea of effective human rights protection.

The paper deals with that tension. Part I. analyses the ambiguous term "jurisdiction" as laid down in Article 1 ECHR. Part II. systematises the relevant Strasbourg case law in comparison to decisions of other national and international adjudicatory bodies. The paper distinguishes "territorial" cases (part I.1.), and cases involving international organisations (part I.2.). The latter constellation is governed by various, partly contradictory principles. On the one hand, member states are not allowed to escape their obligations under the ECHR by transferring powers to other organisations. On the other hand, the Strasbourg Court exercises judicial self restraint vis-à-vis the EU. Finally, the Court has introduced the criterion of "ultimate control" in order to determine the attribution of an act to an international organisation, which leads to an easy negation of responsibility of the involved ECHR member states.

Part III. presents an alternative approach for the assessment of the applicability of the Convention and for attribution. Ultimately, the paper suggests a solution on the level of substantive law, not on the level of the Court's jurisdiction. This solution should be based on a rebuttable presumption of equivalent protection (principle of fundamental rights tolerance). Moreover, the possibility of modifications of human rights obligations should be acknowledged, in order to avoid an undue burden of the ECHR member states.

<sup>218</sup> So die Warnung des ehemaligen deutschen Richters am EGMR (*Georg Ress*, *State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations. The Case of Banković*, ZEuS 6 (2003), S. 73–89 (S. 88)).